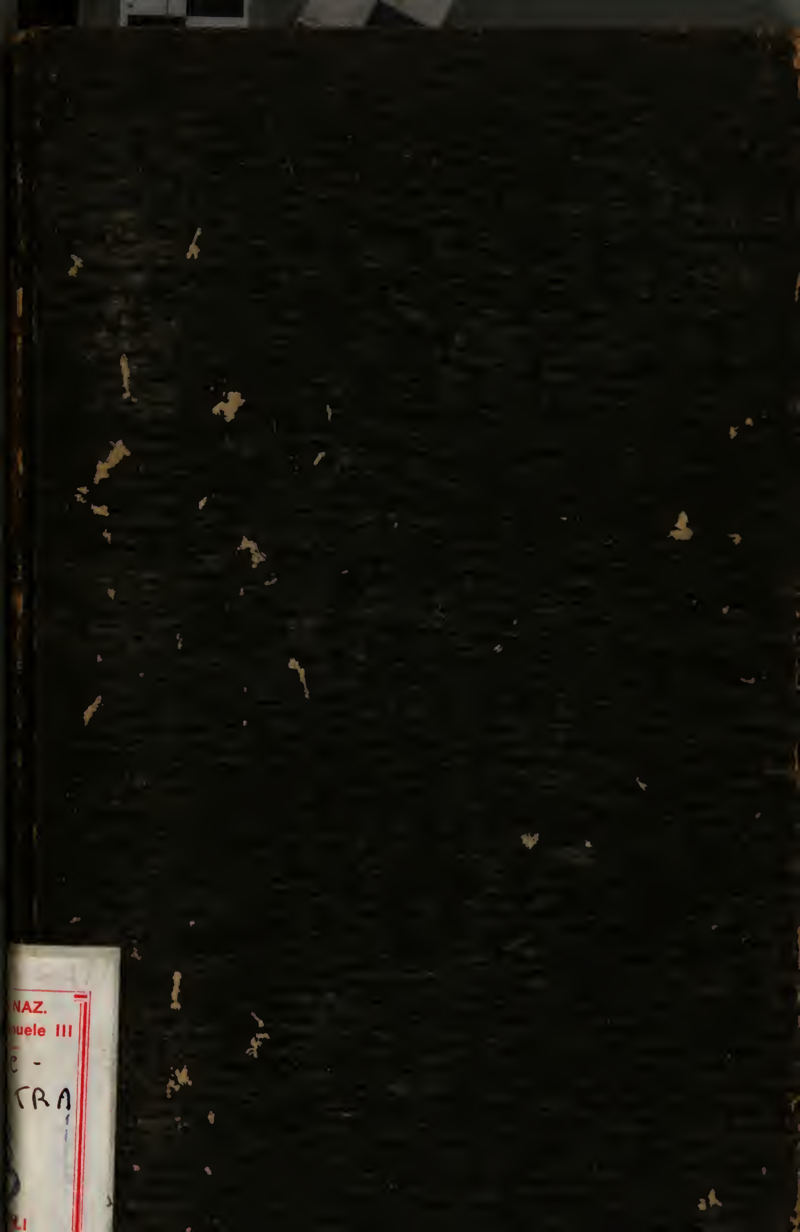
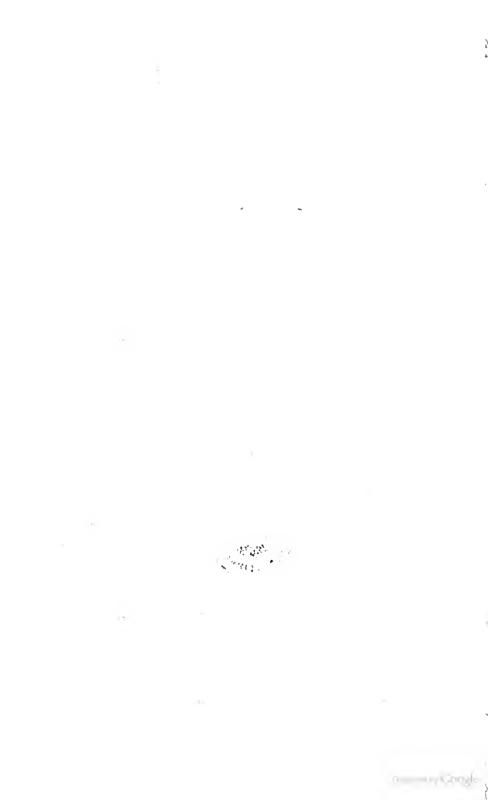




Ueber das

Mass des Schadenersatzes.

Eine civilistische Abhandlung

aus dem

römischen Rechte

von

Dr. Gottfried Nussbaumer
von Küssnacht bei Zürich.



ZÜRICH,
Druck von Zürcher und Furrer.
1855.

Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere.

Celsus.

Vorrede.

Indem ich diese Abhandlung dem gelehrten Publikum übergebe, will ich weder um Nachsicht noch um Gerechtigkeit der Beurtheilung bitten. Diese versteht sich bei Männern des Rechtes von selbst; und von der ersteren Bitte weiss man, dass sie gewöhnlich nicht ernst gemeint und ohnehin ganz überflüssig ist. Wenn das Resultat, zu dem ich gekommen bin, nicht die Zustimmuug Aller erhält, ja vielleicht falsch sein sollte, so wird man doch das Streben nach Wahrheit und die Selbstständigkeit der Forschung und des Gedankens anerkennen; zuletzt wäre ich mit dem negativen Verdienste zufrieden, manche Irrthümer in der behandelten Lehre, die durch die Autoritäten, von denen sie ausgingen, leicht gefährlich werden konnten oder vielleicht schon geworden sind, beseitigt zu haben.

Schliesslich muss ich noch bemerken, dass die Arbeit schon vollständig fertig und dem Drucke übergeben war, als ich von dem Werke von Fried. Mommsen »Beiträge zum Obligationsrecht II. Abtheilung (auch mit dem Titel: Zur Lehre von dem Interesse) Braunschweig 1855» Kenntniss bekam. Ich habe dasselbe nicht in Händen gehabt und nicht benutzen können.

Goldbach bei Küssnacht den 16. März 1855.

G. Nussbaumer.

Es ist ein Rechtsaxiom, dass derjenige, der einem Andern widerrechtlich einen (privatrechtlichen) Schaden verursacht hat, verpflichtet ist, dem Geschädigten dafür Ersatz zu leisten; ebenso unbestritten ist es. dass der geschädigten Partei bei Ausmittlung und Angabe des erlittenen Schadens ein etwas freierer Spielraum gegeben und ihr zu ihren Gunsten eine etwas oberflächliche Berechnung zugestanden wird; ja man hat Nichts dagegen, wenn selbst der Richter mit einer gewissen liberalen Parteilichkeit bei seinem Ermessen zu Werke geht und wohl etwa Fünf gerade sein lässt. — Allein Masshalten ist vor Allem der Charakter des Rechts. Jene Freiheit muss ihre Grenze haben; es muss eine Linie da sein, mit deren Ueberschreiten das Recht, das man dem Geschädigten hält, gerade durch sein Uebermass wieder in ein Unrecht übergeht gegen den, der geschädigt hat. Jener freiere Spielraum ist lediglich gestattet im Interesse der Gerechtigkeit und eines umsichtigen Verkehrs; er darf aber nicht benutzt werden für die Begehrlichkeiten der Habgier; denn aus seinem eigenen Schaden eine Speculation zu machen und sich in die Lage zu stellen, dass man sich allenfalls dazu nur gratuliren kann, ist gegen die guten Sitten und gegen Treu und Glauben.

Die Gesichtspunkte nun festzusetzen, und zwar an der Hand des römischen Rechtes, die jene Grenze oder jenes Mass bestimmen, mit dessen Einhalten man sowohl dem Beschädigten wie dem Schädiger Recht hält, ist meine Aufgabe; und der Versuch scheint mir in der That bei dem Schwanken und der nüancirten Verschiedenheit der Meinungen neuerdings der Mühe werth, wenn ich bedenke, zu welch' grossen Ungerechtigkeiten und welch' bedeutenden ökonomischen Nachtheilen im gegebenen Falle ein Irrthum nach der einen oder nach der andern Richtung hin, für den einen oder den andern Litiganten führen kann.

Ich fürchte auch nicht, mich an einem todten, antiquarischen Stoffe abgemüht zu haben. Es liegt in der Natur der Sache, dass sich die Civil-Gesetzbücher, die in der neueren und neuesten Zeit, auswärts und in der Schweiz, geschaffen wurden, mit der auf einzelne Fälle berechneten Casuistik, in der der Charakter des *Corpus Juris* und besonders der Pandecten liegt, nicht befassen können und nach wie vor wird man daher der Mühe nicht überhoben sein, sich hin und wieder bei jener alten Quelle Raths zu erholen.

Bei meinem Thema, wenn ich es strenge festhalte, berührt mich natürlich die Frage nicht, wann, unter welchen Umständen, welchen thatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen (*dolus*, *culpa*, Delict, Contractsverhältnisse) eine Schadenersatzforderung begründet sei [1]), oder in welchen

---

[1]) **Für diese Frage, der Bedingung einer Schadenersatzklage, sind denn allerdings Stellen wie *lex* 18 §. 3 *Dig. Commod.* (13. 6) *lex* 6 §. 4, *lex* 13 *p.* u. §. 1 *Dig. de act. E. V.* (19. 1)**



Gestalten und Formen sie erscheine [1]); ich habe es einzig damit zu thun, zu bestimmen, wie weit, wenn eine Schadenersatzklage stattfindet, ihr Inhalt gehe, was man unter Schaden verstehe, welchen Charakter er an sich tragen müsse, um zur Vergütung zu kommen. Dieser Charakter ist, wie verschieden auch der Grund zur Klage selbst sein mag, immer der gleiche.

§. 2.

Definition von Schaden, Interesse.

Unter Schaden, Interesse, versteht man die Nachtheile, die Jemand im allgemeinen in seiner Oekonomie durch eine Begebenheit erlitten hat; meistens wird dieses schädigende Faktum in dem rechtswidrigen Thun oder Unterlassen, kurz dem rechtswidrigen Benehmen eines Dritten bestehen, und das namentlich kommt in dieser Abhandlung zur Sprache; es kann aber auch durch irgend ein Naturereigniss oder Zufall ein Schaden herbeigeführt werden (Brand; Hagel).

In einem engeren und gebräuchlicheren Sinne versteht man darunter aber das, was der Beschädigte ausser oder

---

u. *lex* 19 §. 1 *Dig. Loc. Cond.* (19. 2) mit einander wohl zu vergleichen; aber sie enthalten keineswegs, wie oft sehr irrthümlich behauptet wird, ein verschiedenes Mass für die Vergütung selbst, stellen einen verschiedenen Charakter des Interesse auf.

[1]) Die Schadenersatzklage bezeichnet eben nicht eine eigene, für sich bestehende Klage, sondern vielmehr den Charakter und das Ziel, das die verschiedensten speziellen Klagen *actio depos.; commod.; emt. pro socio; tutelæ et cet.*) haben können.



neben dem Objecte, oder dem Werthe desselben, auf welches das rechtswidrige (keineswegs immer dolose) Benehmen des Dritten zunächst und unmittelbar gerichtet ist, oder welches das schädigende Ereigniss zunächst traf, also was es ausser z. B. der beschädigten, vernichteten oder nicht tradirten Sache, als eine weitere Folge des schädigenden Faktums verloren hat. Und in dem Sinne, kann man sagen, hat das Interesse mit Beziehung eben auf jene Hauptsache eine accessorische Natur und man spricht da von dem indirekten Interesse, Schaden, im Gegensatz zu dem Verluste der Hauptsache oder an der Hauptsache, als dem direkten, unmittelbaren Schaden. Ich habe es bei meiner Arbeit vorzugsweise mit dem indirekten Interesse zu thun.

Die Römer hatten zur Bezeichnung des Interesse im engeren und weiteren Sinne verschiedene Ausdrücke: *Id, quod interest; damnum; utilitas; omnis caussa;* und der processualische Ausdruck, durch welchen sie in dem condemnatorischen Theile ihrer alten Formularklage das Interesse zur Vergütung brachten, lautete sehr oft: *Quanti ea res est, condemna.* Hier bedeutet das Wort *res* nicht gerade einen körperlichen, räumlichen Gegenstand, sondern allgemeiner ein Geschäft, eine Angelegenheit, und jene Condemnationsformel hatte in den meisten Fällen den Sinn: »Soweit der Berechtigte bei dem vorliegenden Rechtsstreit oder bei der vorgefallenen Verletzung interessirt ist« [1]).

---

[1]) Dass sie in den meisten Fällen das bedeute, ist unbestritten; nur darüber ist man nicht einig, ob sie stets diesen Inhalt habe, wie Savigny zu beweisen sucht (System Bd. V. Beil. XII. pag. 441 - 460), oder ob sie nicht hin und

§. 3.

Interesse singulare, commune, conventum.

Es wird hier die Untersuchung einen Augenblick aufgehalten durch die Besprechung obiger Begriffe. Sie haben selbst bis heute noch ihren Spuck getrieben, und damit das Terrain rein bleibe von ihnen und die Untersuchung in Folge nicht mehr durch sie gestört werde, müssen sie kurz widerlegt und abgewiesen werden.

Jene Eintheilung der Interesse ist eine sehr alte [1]; freilich dem Scharfsinne und dem praktischen Takte der römischen Juristen war diese scholastische Unterscheidung, die theoretisch ebenso unrichtig ist als praktisch völlig nutzlos, fremd. In beiden Richtungen hat *Donellus* [2]) ihre Unbrauchbarkeit treffend nachgewiesen.

---

wieder auch im Gegensatz zu dem Interesse, den reinen Sachwerth bezeichne, wie Puchta meint (Lehrb. §. 225 Not. 6). Der Streit berührt mich hier im Grunde wenig; genug, dass jene weitere Bedeutnng die gewöhnliche ist; nur scheint es mir allerdings unzweifelhaft, dass jenes *quanti ea res est*, wie Puchta meint, für beiderlei Bedeutungen promiscue gebraucht wurde, und das lässt sich durch eine Bemerkung Savignys selbst sehr leicht erklären: dass nämlich die buchstäblichere Bedeutung in der ältern Zeit geherrscht haben möge, dagegen bei dem civilisirteren Rechtsleben der späteren Zeit die mehr innerliche üblich geworden sei (pag. 443 u. 613) und er weist das selbst an der *actio Leg. Aquil.* nach.

1) *Vid. Alciati in leg. unicam tit. de eo, quod interest comment.; editio Lugdun.* 1560 *tom. quarti pars prima et secunda, pag.* 441, *cap. IV.* Alciat verwirft sie.

2) *Donelli comment., de jure civili lib.* 26 *cap.* 13—24. *De*

Man hat nun vorzugsweise unter *interesse singulare* die ganz besondern persönlichen Beziehungen und Neigungen, die der Kläger zu der Sache, an die sich die Schadenersatzforderung anknüpft, gehabt hat oder hat, und die für ihn ihren Werth erhöhen, kurz, man hat darunter hauptsächlich den Affectionswerth verstanden. — Man ist aber heutzutage so ziemlich einer Meinung, dass dieser Affektionswerth bei einer Schadenersatzforderung gar nicht berücksichtiget werde noch berücksichtiget werden könne, da der Affekt sich nicht zu Geld anschlagen lasse, etwas Inästimables sei. Damit soll nun aber nicht geläugnet werden, dass der Affection bei den Römern nicht oft Rechnung getragen worden sei, freilich nur nicht in der Gestalt des Affektionswerthes, und ich muss diesen Punkt um so eher berühren, als auch Savigny von einem auf die Grösse der Schadenersatzsumme influirenden Affectionswerthe, wobei also in der That die Affektion für die Condemnation in einen pekuniären Anschlag gebracht werde, namentlich bei den *bonæ fidei actiones*, nicht aber bei den *stricti juris actiones*, spricht. Welches sind nun etwa die Stellen, die zu diesem Irrthum verleiten können und verleitet haben?

Der von einem insolventen Libertus präterirte Patron verlangt die *bon. possessio contra tabulas;* es wird ihm entsprochen, obgleich und wenn auch die Erbschaft eine insolvente ist. Es kann dem Patron eben sonst, abgesehen

---

eo, quod interest (*edit. Caroli Bucheri* 1823 *tom.* 15. *pag.* 154—226). Ueber jene Eintheilung *vid. cap.* 15.

[1]) System Bd. V, *pag.* 466 u. 475.

von einer Bereicherung, daran gelegen sein, die Verlassenschaft oder wenigstens seinen gesetzlichen Theil (*pars dimidia. Gaius III. §. 41*) zu erhalten, weil sich z. B. in derselben Grundstücke befinden, in denen die Gräber seiner Vorfahren sind, oder Mancipien, zu denen er in besonderen persönlichen Verhältnissen steht (*mancipium, quod non pretio, sed affectu sit æstimandum*). Das ist in kurzem der Inhalt einer Stelle [1]). Ich für mich habe aber sogar Bedenken, diese Stelle auch nur für den Beweis der Behauptung zu gebrauchen, dass die Affektion (nicht Affektionswerth) wirklich eine gewisse äusserliche, juristische, ich möchte sagen amtliche Beachtung bei den Römern gefunden habe, wie das gleich unten dargestellt ist, geschweige denn dass bei ihnen von einer pekuniären Verwerthung der Affektion die Rede war. Jene Verhältnisse mochten wohl für den Patron die inneren Motive abgeben, warum er sich veranlasst fand, um die *bon. poss. c. tab.* nachzusuchen, allein er brauchte sein Petitum vor dem Prätor gar nicht damit zu unterstützen; er hatte einmal ein unbedingtes Recht auf die *bon. poss.*, wenigstens im gegebenen Fall, und ob er nun durch die Geltendmachung seines Rechtes etwas gewänne oder nicht, darnach hatte der Prätor nicht zu fragen. Diese Auffassung scheint mir auch entschieden aus dem Schlusse der Stelle hervorzugehen. — Aber gesetzt, die *bon. poss. c. tab.* sei durch den Nachweis der Existenz eines solchen Affektionsinteresse (Interesse im weitesten Sinne des Wortes genommen) bedingt gewesen, so hätte ja die Affektion

---

[1]) *Lex 36 Dig. de bon. libertorum (38. 2).*

noch ganz und gar nicht die Bedeutung, eine Schadenersatzforderung gegen einen Dritten mit Bezug auf eine Sache zu erhöhen, sondern nur, dem Patron die *bon. poss. c. tab.* zu verschaffen.

Ebensowenig ist auch in *Lex* 54 *p. Dig. Mandati* (17. 1) von einem solchen Affektionswerthe die Rede [1]). Es ist dort dem Herrn des Sklaven aus dem von diesem abgeschlossenen Rechtsgeschäft, *affectionis caussa*, eine Klage gegeben, die sonst nicht statt hätte [2]) und diese Klage geht, nicht etwa auf Erlangung irgend eines ökonomischen Werthes, sondern lediglich auf die Erfüllung des Mandatsvertrages und hauptsächlich darauf, dass der Sklave, wie verabredet, manumittirt werde. Wollte das der Käufer nicht thun, so musste er keineswegs etwa Ersatz leisten, sondern der Sklave wurde einfach nach dem Gesetze ein Freier [3]). Wenn Einer einen Sklaven verkauft hat, mit dem Uebereinkommen, er dürfe nie mit der Verbannung bestraft werden *(ne pœnæ caussa exportaretur)*, so hat der Verkäufer, wird

---

[1]) *Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus, ut venditor, et ex affectus ratione mandati agetur. Placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam. Pap.*

[2]) Warum nicht *(nullum mandatum) vide lex unic. cod. si servus extero se emi mandaverit. (4. 36.) l.* 106 *Dig. de reg. jur.* (50. 17): *Libertas inæstimabilis res est.*

[3]) *Lex* 2 *Cod. si mancipium ita fuerit alienatum* (4. 57), auch *lex* 3 *Dig. de servis export.* (18. 7).

dieser Bestimmung zuwider gehandelt, eine Klage, die Papinian lediglich auf Rechnung der in jener Bestimmung ausgedrückten Affektion setzt [1]), und diese Klage geht nicht auf einen pekuniären Ersatz, sondern nur daranf, dass jener Verabredung nachgelebt werde. Ist also der Sklave doch exportirt worden, so muss er wieder zurückberufen werden zu dem Käufer; oder der Kauf wird rückgängig gemacht; der Sklave kehrt zum Verkäufer zurück, ohne dass dieser das *pretium* zurückgibt [2]). Nur diese juristische Bedeutung hat die Affektion, in keinem Falle aber handelt es sich um höhere Werthung des Sklaven selbst.

Wäre auf das Zuwiderhandeln gegen eine solche Affektionsbestimmung, die in einem Vertrag, oder bei einem Rechtsgeschäft aufgenommen wurde, eine Conventionalstrafe oder sonst ein Vermögensnachtheil gesetzt, so verstände es sich von selbst, dass man darauf klagen könnte, eben weil es so verabredet ist; aber die Klage ginge eben auf die Strafe als solche, nicht auf einen Affektionswerth [3]). Man kann ja auch auf eine Handlung oder Unterlassung eine Strafe setzen, ohne dass im Grunde irgend ein pekuniäres Interesse dabei im Spiele wäre.

---

[1]) *Lex* 7 *Dig. de servis exp.* im zweiten Theile der Stelle. Der erste Theil gehört, wie meist irrig angenommen wird, gar nicht hieher, denn es ist dort durchaus nicht von einer Affektion die Rede.

[2]) Es liegt in der Natur der Sache, dass nur dieses das Ziel der Klage sein kann und sein müsse, nicht irgend eine Geldcondemnation. *Vid.* z. B. *lex* 1. *Cod. si mancipium ita venerit.* (4. 56).

[3]) *Lex* 6 *p.* u. §. 1 *Dig. de servis export* (18. 7).

Wenn ein Minderjähriger bei einem in seine Gewalt (*in emtionem penes se collatam*) gestellten Kaufe (z. B. wegen *in diem addictio*) von einem Dritten überboten worden ist und dieser die Sache bekommen hat, da jener die festgesetzte Frist versäumte, so wird er *in integrum* restituirt, wenn er ein Interesse nachweist, diese Sache zu besitzen, z. B. weil sie seinen Vorfahren gehörte, einst ein Familienstück war [1]). Also die *in integ. restitutio* erlangt er durch dieses Affektionsinteresse, um die Sache wieder kaufen zu können oder in seinen Besitz zu bringen, wenn er anders, so heisst's noch ausdrücklich, dem Verkäufer das anbietet, was der frühere Käufer, von dem er besiegt wurde, diesem geboten hat; aber von einer Verwerthung der Affektion, von einem eigentlichen Affektionswerthe ist da so wenig die Rede, wie bei der *bon. poss. c. tab.* und den andern Stellen.

Aus dem Bisherigen, denk' ich, geht zur Genüge hervor, dass es im Grunde gar keinen Affectionswerth gibt: dass, wenn der Affection hin- und wieder eine gewisse Beachtung zukommt, das nur in der Weise geschieht, dass sie dazu dient, gewisse Ansprüche, Klagen zu begründen, die sonst gar nicht stattfänden, dass es sich aber nie darum handelt, sie selbst zu Geld zu verwerthen und namentlich bei einer Schadenersatzforderung durch sie die Condemnationssumme zu vergrössern.

Das *interesse singulare* ist demnach für unser Thema ein

[1]) *Lex* 35 *Dig. de minorib.* (4. 4). Uebrigens liesse sich hier mit Bezug auf die *bona avita* noch ein reelleres Interesse nachweisen.

ganz unfruchtbarer Begriff. Es lag mir aber hauptsächlich daran, gerade diesen Begriff, der auf dem Missverständnisse einiger ihn scheinbar begünstigender Pandektenstellen beruht, etwas genauer zu besprechen und zu widerlegen, da dieser Irrthum in bedenklicher Weise in einem gegebenen Falle das Mass des Schadenersatzes erhöhen könnte.

Ich muss der Ergänzung wegen noch kurz die beiden andern Begriffe, das *int. conventum* u. *commune*, besprechen.

Unter jenem hat man das Interesse verstanden, das für den Fall des Zuwiderhandelns gegen eine vertragsmässige Verpflichtung in Form einer Conventionalstrafe vorausbestimmt wird. Es ist richtig, dass das oft vorkommt bei Verträgen, aus verschiedenen Gründen, aber in diesen Fällen tritt der Gesichtspunkt des Interesse entschieden zurück hinter dem der verabredeten Conventionalstrafe. Nicht auf das Interesse als solches geht dann eventuell die Klage, sondern auf die Strafe; weil sie so verabredet worden. Man kann ja zudem eine Conventionalstrafe bestimmen, wo sich kein Interesse nachweisen lässt und auch keines vorhanden ist. Doch muss sie geleistet werden [1]).

Endlich soll das *int. commune* in dem gewöhnlichen Preise der Dinge, in dem reinen Sachwerthe bestehen. In den allerwenigsten Fällen handelt es sich aber bloss um die Erlangung dieses Werthes, sondern theils von vorne herein

---

[1]) Die bekannte *lex* 38, §. 17, *Dig. de verb. oblig.* (45. 1): *Pœnam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis.* Ebenso *lex* 3 §. 1 *eod.* u. *lex* 38 *Dig. de recept. qui* (4. 8).

gar nicht darum, theils ausser und neben jenem Sachwerth noch um die Vergütung anderer Vermögensnachtheile, die oben das Interesse im engeren Sinne, schlechthin, genannt wurden.

Die ganze Eintheilung des *int.* in *int. sing. conv. comm.* nützt also gar nichts; sie ist höchstens geeignet, Confusion in die Lehre zu bringen, und sie ist ein Erzeugniss jener geschmacklosen Jurisprudenz, die überall nach Eintheilungen und Unterscheidungen hascht, um damit einen dialectischen Ritt vorzunehmen, statt mit grossem überschauendem Blick auf das Leben Einfachheit und Einheit der Begriffe zu suchen.

§. 4.
Was begreift das Interesse?

Das Interesse umfasst nun auf der einen Seite den positiven Schaden, die eigentliche Verminderung des bisherigen Vermögensstandes durch das rechtswidrige Benehmen eines Dritten; auf der andern Seite aber auch den bereichernden Zuwachs, den unser Vermögen ohne jenes rechtswidrige Benehmen erhalten hätte, den Gewinn [1]). Der ge-

---

[1]) *Lex* 13, *Dig. ratam. rem hab.* (46. 8): *Si commissa est stipulatio, ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, id est, quantum abest, quantumque lucrari potui. V.* noch *lex* 33 *p. Dig.*, *lex* 23, *p.* u. §. 2 *ad Leg. Aquil.* (9. 2). Man muss da die reinen Civilansprüche unterscheiden von dem pœnalen Element der *act. Leg. Aq.* Sie werden auf andere Weise bestimmt. Ich komme unten noch auf diese Frage zu sprechen. Ferner *lex* 2, §. 8. *Dig. de*

wöhnliche fremde technische Ausdruck für den positiven Schaden ist ***damnum emergens;*** für den entgangenen Gewinn ***lucrum cessans.***

Dass die römischen Juristen den entgangenen Gewinn mit zum Interesse rechneten und zur Vergütung brachten, ist gewiss und es wird das auch am Schlusse der ***leg. unic. Cod. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur*** (7. 47) ausdrücklich gesagt. Dennoch sind einige Stellen geeignet, Bedenken gegen diesen Grundsatz zu erwecken, die jedoch bei näherer Prüfung verschwinden.

Jemand, der die ***cautio damni infecti*** eingegangen ist, trifft, ohne durch irgend eine Servitut daran gehindert zu sein, auf seinem Grundeigenthum Einrichtungen, Neuerungen, durch welche der Nachbar gewisse Vortheile — das Wasser wird ihm abgegraben oder Licht verbaut — verliert; aber es steht diesem Nachbar, ***qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur***, aus der Cautionsstipulation keine Klage wegen dieser entzogenen Vortheile zu und es wird nun der Satz angeführt: ***Multum interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur*** [1]). Hier wird nun allerdings die Vergütung des ***Lucrums*** im Gegensatz zu dem Schaden verneint. Ganz natürlich: denn auf jene Vortheile hat der Nachbar gar kein Recht. Er

ea, quod certo loco. **(13. 4).** ***l.*** **33** ***Dig. Loc. Cond.*** **(19. 2),** ***lex*** **2. §. 11** ***Dig. ne quid in loco publico*** **(43. 8),** ***lex*** **78 u. 98,** ***Dig. de reg. jur.*** **(50. 17),** ***lex*** **9 §. 8;** ***l.*** **11** ***p. Dig. Ad exhib.*** **(10. 4),** ***lex*** **8,** ***Dig. de covet. et dep. stip.*** **(41. 2) und noch viele andere Stellen enthalten jene Wahrheit.**

1) ***Lex*** **26** ***Dig. de damno infecto*** **(39. 2).**

kann nicht von einem Gewinne sprechen, der ihm durch ein rechtswidriges Benehmen seines Nachbars entzogen worden sei [1]). Indem der Nachbar jene Einrichtungen auf seinem Eigenthum traf, machte er nur Etwas, wozu er kraft seines Eigenthums vollkommen befugt war. Jener Satz, *multum interesse et cet.* hat eine ganz spezielle Beziehung auf die *cautio damni infecti*, die ja ihrer eigensten Natur nach nur auf den Schaden gerichtet ist, den Einer durch die lotterhafte Wirthschaft [2]) seines Nachbars zu bekommen risquirt, nicht auf die Vortheile und Annehmlichkeiten, die er durch Veränderungeu verliert, die der dazu berechtigte Nachbar auf seinem Grundstücke vornimmt [3]).

Ganz das Gleiche lässt sich nun auch über die *lex* 1 §. 21 *Dig. de aqua et aquæ pluviæ arcendæ* (39. 3) sagen. Ein Nachbar trifft eine Vorrichtung, in Folge welcher das Regenwasser, das bis dahin auf das Grundstück seines Nachbars hinabfloss und demselben Nutzen brachte (es düngte), nicht mehr diesen Lauf nimmt, so dass dem Nachbar nun der bisherige Vortheil entgeht. Hat dieser nun auf jenen Vortheil eine Klage? Nein! *Hæc enim actio*

---

[1]) *Lex* 151 *Dig. de reg. juris* (50. 17): *Nemo damnum facit, nisi, qui id fecit, quod facere jus non habet. Lex* 7 §. 12, *Dig. de damno inf.: Neque enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sum.*

[2]) *Lex* 7, §. 3. 4, 5, 8, 9, 10, 11. *Dig. de dam. inf.* (39. 2).

[3]) *Lex* 18, §. 15 *Dig. h. tit.* (39. 2): *Prætor id agit (hac actione) ne damnum faciat actor, non ut in lucro versetur. Paulus.*

locum habet, si aqua pluvia noceat, non, si non prosit. Ebenso *lex* 2 §. 5 *Dig. h. tit: Nam hac actione nemo cogi potest, ut vicino prosit, sed ne noceat, aut interpellet facientem, quod jure facere possit.* Der Nachbar, der jene Vortheile verliert, hat eben kein (klagbares) Recht auf sie.

Und welche Bewandtniss hat es denn mit der *lex* 71, §. 1 *Dig. de furtis* (47. 2) [1]? Es besitzt Jemand eine Sache *pro herede;* ehe er sie usucapirt hat, wird sie ihm gestohlen; aber es steht ihm nun, obgleich der längere Besitz zur Usucapion geführt hätte, doch die *actio furti* nicht zu. Denn wer nur einen Gewinn an der Sache zu machen im Begriff ist, und zwar noch auf Unkosten eines Andern, wer also nur dieses Interesse hat, der ist noch nicht hinreichend legitimirt zur Anstellung der Diebstahlsklage; es gehört dazu ein tiefer gehendes Interesse: dass der, der sie anstellen will, in einen eigentlichen Schaden versetzt worden sei. Das sagt der Schlusssatz unserer Stelle, der nicht allgemein genommen werden darf, sondern eine spezielle Beziehung hat auf die *act. furti: Interesse autem ejus videtur (scil.; rem non surripi) qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus esset.* Ich füge aber noch **den** Grund hinzu: Jene *usucapio pro herede* war nicht die der späteren Zeit unter Justinian, die nur dem eigentlich Berechtigten, z. B. dem, welchem der Prätor nach seinem Erbrecht die *bon. poss.* gab, der also Erbberechtigter war, sondern es war

---

[1]) *Ejus rei, quæ pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit; quia furti agere potest is, cui interest, rem non surripi; interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, non qui lucrum facturus esset.*

eben die ***lucrativa usucapio*** des alten Civilrechts, die Gaius selbst als eine ***improba*** bezeichnet [1]) und deren inneren Grund er lediglich in Rücksichten der Zweckmässigkeit und Rechtssicherheit und des religiösen Lebens findet. Man wollte dadurch dem Zaudern hinsichtlich des Antrittes der Erbschaften einen Riegel stecken. Das Interesse also eines längeren Besitzes der Sache behufs dieser *usucapio pro* herede war nicht ein solches, von dem sich sagen liesse, *ex honesta caussa interest.* An diesem Requisit aber hielten die römischen Juristen durchaus fest. Eine entgegenstehende Ansicht des Servius wurde bestimmt verworfen [2]).

Ganz die gleiche Bedeutung in Beziehung auf das *Lucrum*, wie die *lex* 71, §. 1, hat auch die *lex* 76, §. 1 *Dig. ejusd. lit.* Ein Dieb, dem die gestohlene Sache wieder gestohlen worden ist, kann, auch wenn sich gar kein Eigenthümer zeigte, dem er mit der *actio furti* oder *condictio furtiva* haftete, doch die Diebschaftsklage gegen den zweiten Dieb nicht anstellen; denn er selbst machte an der gestohlenen Sache nur einen Gewinn und dazu noch *ex inhonesta causa;* was ausdrücklich gegenüber Servius betont wird.

Auch der Klagegrund der *actio faviana* [3]), *pauliana* [4]), *ex lege Rhodia de jactu* [5]) ist ein in gleicher Weise, wie in

---

[1]) *Lib. II.* §. 55.

[2]) *Lex* 11, 12, §. 1 *Dig. de furtis* (47. 2).

[3]) *Lex* 1, §. 6 *Dig. si quid in fraud. patron.* (38. 5).

[4]) *Lex* 6, §. 1—5 *Dig. quæ in fraud. cred. gest.* (42. 8).

[5]) *Lex* 2, §. 4 *Dig. h. lit.* (14. 2): *Portio autem pro æstimatione rerum, quæ salvæ sunt, et earum, quæ amissæ sunt, præ-*

den bisherigen Stellen, begrenzter. Bloss ein zu machender Gewinn ist noch nicht hinreichend, sie zu begründen.

Alle die erwähnten Stellen nun, um das Resultat der Erörterung kurz zusammenzufassen, sagen nur so viel, dass man, um im einzelnen Falle klagen zu können, dazu berechtigt sein müsse, dass der Klage ein rechtsbegründetes und ordentliches Interesse zu Grunde liegen müsse, als welches man das *Lucrum*, wie es oben sich darstellte, nicht ansehen kann: also nur das Klagerecht wird für gewisse einzelne Fälle durch obige Stellen begrenzt und verneint, aber diese Stellen enthalten nicht im entferntesten eine Begrenzung des Inhaltes und des Umfanges der rechtlich begründeten Klage auf Schadenersatz, die, wie zu Anfang dieses Paragraphen dargethan wurde, auf das *damnum emergens* und *lucrum cessans* geht.

§. 5.

Welcher Schaden und welcher Gewinn kommt zur Vergütung?

Soll nun aber jeder Schaden und jeder Gewinn, dessen Eintritt oder dessen Verlust mit dem rechtswidrigen Benehmen eines Dritten in irgend einem Causalnexus steht oder stehend sich denken lässt, zur Vergütung kommen? — Oder macht man vielleicht einen Unterschied zwischen dem gewissen, nahen und ordentlichen Zusammenhange ökonomischer Nachtheile mit der fraglichen Rechtsverletzung,

---

stari solet, nec ad rem pertinet, si hæ, quæ amissæ sunt, pluris venire poterunt quoniam detrimenti, non lucri fit præstatio.

wie ihn so der gewöhnliche Gang des Lebens und des Verkehrs, in vielgestaltiger Weise, mit sich bringt, — und dem entfernten und ausserordentlichen Zusammenhange, so dass der Grund des eingetretenen Schadens gewissermassen gemischt erscheint aus den Folgen des rechtswidrigen Thuns und Lassens des Dritten und andern aussergewöhnlichen, ausserordentlichen Einflüssen und Zufälligkeiten, an welche im Grunde Niemand denkt, noch zu denken braucht, weder der Beschädigte, noch der Schädiger, und wobei also der Schaden weit mehr jenen ungewöhnlichen Momenten zuzurechnen seyn wird, als dem rechtswidrigen Benehmen des Schädigers selbst? — Ein solcher Unterschied wird nun allerdings mit Recht in den Quellen gemacht, und die rechtlichen Eigenschaften, die das Interesse haben muss, um zur Vergütung zu kommen, sind vor allem zwei:

I. Das Interesse muss wirklich existiren; es muss ein gewisses, erwiesenes oder erweisbares sein: nicht ein bloss problematisches; der Causalnexus muss nicht bloss unter die Modalität der Möglichkeit fallen. — Dieses Requisit kommt namentlich beim Gewinn (*lucrum cessans*) in Betracht.

Diese Eigenschaft wird nun bestimmt hervorgehoben in folgenden Stellen:

Lex 29, §. 3 *Dig. Ad. Leg. Aquil.* (9. 2): Durch Fahrlässigkeit der Schiffer ist ein Fahrzeug in ein Fischernetz hineingefahren und es ist dadurch die *act. leg. Aq.* begründet; aber mit welcher Begrenzung? *Ob retia*, sagt Ulpian, *non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, quum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus aucupibusque probandum.*

Lex ultima Dig. de peric. et commod. (18. 6): *Venditori, si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat præstabit, non omne omnino, quod venditor, mora non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quaerere potuit.*

Dahin gehört auch theilweise die

Lex 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.* (19. 1): *Quum per venditorem steterit, qaominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in æstimationem venit, quæ modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id æstimandum est; non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit; nam pretium tritici non servorum fame necatorum consequitur.*

Man hat nun freilich diese Stelle, ich kann sagen durchweg, zu enge und zu einseitig aufgefasst und sie ausschliesslich für die zweite unten erörterte Eigenschaft des zu vergütenden Interesse in Anspruch genommen. Man hat bei den Worten *utilitas, quæ modo circa ipsam rem consistit*, allen Nachdruck auf die Worte *circa ipsam rem* gelegt, während das *consistere*, die wirkliche erweisliche Existenz eines Interesse, doch gerade ebenso stark zu betonen ist, in der Weise, dass jene Worte fürs Erste so zu geben sind: das Interesse (*utilitas*) welches anders, wenn anders (*modo*) *dummodo* ein solches wirklich existirt, und bestimmt zu berechnen ist. Ueber das *circa ipsam rem* unten. Damit ist denn eben das unbestimmte, in blosser Speculation enthaltene, gehoffte *lucrum* eben wegen seiner Unbestimmtheit und Ungewissheit von dem Ersatze ausgeschlossen; und das will, und nur das, das gleich nachfolgende erläuternde Beispiel von dem Weine (*Neque enim* bis *non magis*) sagen. Es ist weder

in dieser Stelle noch in der citirten *lex ult. de peric. et commod.* im mindesten gesagt, dass das *lucrum*, das man etwa durch Wiederverkauf, durch Handel hätte gewinnen können (wenn anders das nachgewiesen ist) desswegen, weil es durch Handel vermittelt wurde, ein *lucrum* oder eine *utilitas non circa ipsam rem consistens* sei und daher nicht zur Vergütung komme; eine Theorie, die Donellus [1]) vor allen aufstellt und mit allzu subtilen Scheingründen hartnäckig festhält; in Folge eben jener Einseitigkeit, allen Nachdruck auf die Worte *c. ip. rem* zu legen und ferner in Folge davon, dass diese Worte noch dazu viel zu wörtlich, zu körperlich, ohne Rücksicht auf das Leben und andere in den Quellen angeführten Beispiele, ausgelegt wurden. Hier ist wohl der geeignetste Ort, jenen Irrthum Donells, in dem ihm Andere gefolgt sind, zu widerlegen: denn mit der Widerlegung desselben tritt die Wahrheit meiner oben angegebenen Auffassung um so klarer hervor.

Die Stelle, auf die Donellus zur Bekräftigung seiner Ansicht sich hauptsächlich beruft, ja die mir ihn im Grunde zu jenem Irrthume verführt zu haben scheint, ist die *lex* 21 *Dig. de hereditate vel actione vendita* (18. 4): . . . . *Sed ubi hereditatem vendidi et postea rem ex ea vendidi, potest videri, ut negotium ejus (hereditatis emtoris) potius agam, quam hereditatis. Sed hoc in re singulari non potest credi; nam si eundem hominem tibi vendidero* (ursprünglich sicherlich *man-*

---

[1]) a. a. O. cap. 23. §. 4. Auch Cujas scheint mir nicht frei von diesem Irrthume. *V. Recitationes solemnes ad tit.* 47, *lib.* 7. *Cod. de sent. quæ pro eo. Ed. Venet. tom. IX. pag.* 1005 — 1012. Jener Irrthum auf *pag.* 1010, *D. conf. c. pag.* 1011, *A — D.*

cipavero) pretiumque accepero, mortuo eo, videamus, ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in tradendo non feci; pretium enim hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem percipitur; et sic fit, quasi alii non vendidissem; tibi enim rem debebam, non actionem. Die letzteren Worte von *et sic fit* an setzte freilich Donellus nicht hinzu. Man begreift aber in der That nicht, wie Donellus diese Stelle für seine Behauptung anführen konnte; sie passt offenbar gar nicht hieher; denn es ist in ihr von einer Vindication die Rede, die natürlich immer nur gerade auf den bestimmten speciellen Gegenstand, Sache und dessen Früchte (*rem et res ex* [*hac*] *re*) geht, aber nicht auf den Werth, nicht, wenn Einer die Sache, die ein Anderer mit der Vindicationsklage fordern könnte, veräussert hat, auf das *pretium*, das eben eine ganz andere Sache ist, auf das nur nach Obligationsrecht geklagt werden könnte. Für diese Klagen bilden aber die Klagen aus dem Sachenrecht keinen Massstab.

Der Ansicht Donells stehen dann aber entschieden mehrere Pandektenstellen entgegen. Einmal die so verschieden aufgefasste *lex* 2 §. 8 *Dig. de eo, quod certo loco* (13, 4): Es hat Einer einem Andern Geld geliehen und es wurde dabei verabredet, dass es der Creditor in Ephesus wieder erhalten sollte. Das geschah nicht; und der Creditor stellte die *act. arbit. de eo, quod certo loco dari oportet* an. Und welchen Umfang hat diese Klage? *In hanc arbitrariam* (*actionem*) sagt Ulpian, *quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid? si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem.* Nur muss freilich dieses *lucrum* ein

sicheres, gewisses, erweisliches sein, was in den Worten ***solebat comparare*** angedeutet ist. Ulpian wollte mit diesem ***solebat***, wie bereits schon Donellus [1]) freilich in einem andern Zusammenhange, als in welchem ich davon spreche, hervorgehoben hat und was auch Wening-Ingenheim [2]) annimmt, auf einen regelmässigen, sichern, erweisbaren Gewinn hindeuten und dieser Beweis war in dem gegebenen Falle gewiss leicht zu leisten, da der Creditor ohne Zweifel seine guten Gründe gehabt hatte, gerade Ephesus als Zahlungsort zu bestimmen. Ein »blosser« Handelsgewinn also (Handel im engeren Sinne genommen) wird nicht von vorneherein als solcher, als einer ***qui non c. ips. rem consistit***, nicht berücksichtigt, sondern er findet bei der Schadenersatzklage volle Beachtung.

Im Sinne dieser Erörterungen wird man nun auch die ***cit. lex ult. Dig. de peric. et commod.*** auffassen. Es ist darin nur gesagt, dass man auf die vage Möglichkeit eines Gewinnes, im Gegensatze der bestimmten Gewissheit, bei der Schadenersatzklage keine Rücksicht zu nehmen habe. Der Creditor wird sich in weitaus den meisten in dem citirten Gesetz bezeichneten Fällen mit den gesetzlichen Verzugszinsen begnügen müssen, da er den Beweis eines ohne die ***mora*** des Debitors, sicher, in einem speziellen oder individuellen Rechtsgeschäft gemachten Gewinnes selten wird leisten können. Aber man hüte sich, diese Verzugszinsen selbst rein unter dem Gesichtspunkte eines Aequivalents

---

[1]) a. a. O. cap. 23, §. 13, pag. 220.

[2]) Lehre vom Schadenersatz 1841, §. 174, pag. 286

für einen durch die *mora* entgangenen Gewinn, also als Interesse aufzufassen: sie sind, da sie auch geleistet werden, wenn sicher gar kein Gewinn zu machen war und man weiss, dass der Creditor das erhaltene Geld ruhig im Kasten hätte liegen lassen, vielmehr als eine selbstständige, im Interesse eines pünktlichen Verkehrs eingeführte Folge schon der *mora* an sich, aufzufassen; sie sind also gewissermassen pönaler Natur [1]). Damit behaupte ich gar nicht, dass der Gesichtspunkt des Gewinnes, der Frucht, dem Institute ganz fremd sei und ihm nicht theilweise zum Grunde liege [2]). Gewiss zeigt sich das jedenfalls dann und darin, dass, wenn das eigentliche Interesse gefordert werden kann [3]), eigentliche Verzugszinsen in diesem Falle nicht noch dazu prästirt werden müssen.

II. Die andere Eigenschaft, die das Interesse haben muss, um zur Vergütung zu kommen, ist die:

Es muss, wie bereits oben schon angedeutet wurde, der Causalnexus des eingetretenen Schadens (*lucrum cessans* inbegriffen; obgleich diese zweite Eigenschaft ungleich mehr

---

[1]) *Lex* 17, §. 3, *Dig. de usuris et fruct.* (22. 1): *Usuræ enim non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur* (*Paulus*). Ebenso ist offenbar in der *lex* 2, §. 8, *Dig. de eo, quod certo loco*, das Interesse den Verzugszinsen gegenübergestellt. Ebenso *lex* 60, *p. Dig. pro socio* (17. 2).

[2]) *Lex* 13, §. 20. *Dig. de act. E. V.* (19. 1), *lex* 29, §. 2. *Dig. de aedilitio edicto* (21. 1).

[3]) *Cf. Lex.* 4 *p. Dig. de eo, quod certo loco, cum leg.* 2. §. 8 *eod. tit.*

hei dem eigentlichen Schaden (*damnum emergens*) zur Sprache kommen wird) mit dem rechtswidrigen Benehmen des Dritten, ein gewöhnlicher, ordentlicher sein, wie ihn so der Lauf des Lebens und des Verkehrs mit sich bringt; er muss nicht durch ausserordentliche, seltene Zufälligkeiten und Einflüsse, an die kein Mensch denkt, vermittelt sein. Das ist auf der andern Seite der einfache Sinn der in der *lex* 21, §. 3, *Dig. de act. E. V.* enthaltenen Worte: *utilitas, quæ modo circa ipsam rem consistit.* Freilich hat man nun schon seit frühen Zeiten, von Bartolus und Alciat[1]) bis auf die Gegenwart, sich fast ausschliesslich auf die grammatische Erklärung jener Worte gelegt; und auch Donellus[2]) der sonst, trotz mancher Irrthümer, unsere Lehre mit viel freierem Blicke behandelte als seine Vorgänger, ist nicht frei von dieser einseitigen unfreien Auffassung jenes Ausdrucks, die dem Buchstaben mehr Gewicht beilegt, als dem Beispiel und dem Leben. Sicherlich würde Paulus, von dem jene Stelle herrührt, über die kleinliche, unfruchtbare Mühe gelächelt haben, die seine Worte, welche er so leicht hingeschrieben und deren Bedeutung er gleich darauf mit so klaren Beispielen angab, so manchem spätern Juristen verursacht haben. — Wenn, sagt Paulus, der Verkäufer das verkaufte Getreide nicht zur verabredeten Zeit tradirt, und nun die Sklaven des Käufers verhungert sind, so sei keine Rede davon, dass nun der Verkäufer den dadurch dem Käufer verursachten Schaden, d. h. den Werth der ver-

---

[1]) a. a. O. cap. VII. §. 1—4.

[2]) a. a. O. cap. XXIII. §. 2. p. 203 u. §. 5, pag. 208.

hungerten Sklaven, vergüten müsse; das sei kein Schaden, *quod circa ipsam rem consistit;* d. h. welcher in Wahrheit dadurch entstanden sei, dass das Getreide nicht zur verabredeten Zeit tradirt worden sei.

Ganz recht; denn wahrhaftig desshalb hätten die Sklaven noch nicht zu verhungern gebraucht. Das Verhungern derselben ist entweder einer grenzenlosen Nachlässigkeit und Unbehülflichkeit des Käufers zuzuschreiben, in Folge welcher er sich beim Ausbleiben des versprochenen Getreides nicht nach andern Nahrungsstoffen umsah, oder einer furchtbaren allgemeinen Theurung (*vis major*), einem ungeheuren Mangel an allen Mitteln, wodurch man sich allenfalls das Leben fristen kann; kurz es wirkten da Ursachen, vor denen die *mora* des Verkäufers jedenfalls in den entferntesten Hintergrund tritt, als Veranlassung des eingetretenen Schadens, und die derselben nur eine höchst sekundäre Bedeutung geben. Kein Vernünftiger wird in ihr die Ursache, die eigentliche Ursache des schädlichen Ereignisses erblicken.

Diese zweite Eigenschaft des Interesse gilt aber natürlich auch vom *lucrum*. Ein Gewinn, der zwar gewiss, aber nur durch ausserordentliche Zufälle und Einflüsse hätte gemacht werden können und keineswegs aus dem Wesen und der Natur einer Sache, die sie im gewöhnlichen Verkehre hat, sich herleiten und begreifen lässt, wird nicht berücksichtigt. »Ein Königreich für ein Pferd.« Oder wenn Einer für eine Sache einen Liebhaber, so einen sonderlichen Kauz gefunden hat, der ihm dieselbe ungemein theuer bezahlt hätte. Oder wenn Einer für eine dem Einsinken nahe und kaum einige Thaler werthe alte Baracke von einem reichen

nachbarlichen Gutsbesitzer eine zehnmal grössere Summe hätte bekommen können, als sie, selbst bei hohem Anschlag, werth gewesen; nur, damit jener sie aus den Augen bekommen hätte, u. dergl.

Was nun aber etwas Ausserordentliches, Seltenes, Zufälliges sei, kann freilich nicht von vorneherein durch eine allgemeine Regel oder Definition festgestellt werden; sondern das muss stets je aus dem einzelnen Falle sich ergehen[1]). Das obige Beispiel des Paulus gibt indess einen trefflichen Fingerzeig und ich denke, es kann keinen grossen Schwierigkeiten unterliegen, das Richtige zu treffen, wenn man nur, wie es den römischen Juristen in so hohem Masse eigen war, immer mit unbefangenem, geübtem Blicke den Lauf des Lebens und des Verkehrs beobachtet. Ein richtiger, praktischer Takt findet sich leicht zu rechte; aber ohne diesen, wenn man allein mit den beweglichen Künsten einer formellen Dialektik sich durchschlagen will, kommt man in unserer Lehre leicht, wie das manche Schriftsteller beweisen, die ich unten berühre, zu den confusesten Theorien, die mit sich selbst sowohl wie mit den Quellen in grellem Widerspruche stehen.

§. 6.

Beispiele.

Die in §. 5 aufgestellten Grundsätze mögen nun folgende den Quellen enthobene Beispiele anschaulicher machen.

---

[1]) *Lex* 24, *Dig. de reg. juris* (50. 17). *Quatenus cujus intersit, infacto non in jure consistit* (*Paulus*).

Wenn einem ein Sklave getödtet worden ist, so ist nicht bloss der Werth des Körpers zu vergüten. sondern es kommen auch die Vortheile in Betracht, die seinem Herrn von ihm, bei längerem Leben, noch zu gute gekommen wären, Dienste, Tagarbeiten u. dergl. [1]). Dieser Fall ist keineswegs in eine Reihe zu stellen mit dem in *lex* 29 §. 3 *Dig. Ad. leg. Aq.* erwähnten, betreffend das durchbrochene Fischernetz. Jene von dem Sklaven gezogenen Vortheile wären nicht bloss mögliche, nur wahrscheinliche gewesen, sondern gewisse (soweit natürlich bei dem menschlichen Leben von Gewissheit die Rede sein kann). Der Herr hätte sie morgen, übermorgen etc. so sicher gehabt, wie gestern, vorgestern; nur das Wie lange? ist allerdings unbestimmt; die Zeit fällt in die Wahrscheinlichkeitsrechnung. In solchen Fällen kann man zweierlei Wege einschlagen: Entweder man verpflichtet den Schädiger, eine gewisse Zeit lang, bis zum mittleren Lebensalter des Sklaven, jährlich eine bestimmte Summe dem Geschädigten zu bezahlen, oder, was in der Praxis weit häufiger ist, man setzt eine Aversionalsumme fest, die keineswegs sehr bedeutend zu sein braucht, da dabei in Betracht kommt, dass der Geschädigte

---

[1]) Darauf deutet die *lex* 21 §. 2 *Dig. Ad. Leg. Aq.* (9. 2). Wird ein Freier getödtet, so ist bekanntlich die *pœna* 500. Ist er nur körperlich verletzt worden, aber so, dass er bettliegrig wurde und nichts thun konnte, so müssen die Arztkosten und andere auf die Wiederherstellung sich beziehende Auslagen vergütet werden, sowie auch die verloren gegangenen Tagesarbeiten. Das Gleiche gilt natürlich bei einem Sklaven *Vid.* §. 1. *J. de oblig. quæ quasi ex delict.* (4. 5).

diese Summe mit ihren Früchten nun bleibend hat, während er doch zuletzt um den Sklaven gekommen wäre.

Ebenso gehört, wenn der Sklave von Jemandem zum Erben eingesetzt worden ist, die Erbschaft, die ihm bei längerem Leben angefallen wäre und die der Herr erworben hätte, zu dem Interesse, das vergütet werden muss [1]).

Wenn durch die Eviction eines Sklaven dem Käufer auch eine Erbschaft verloren ging, die er durch den Sklaven gemacht hat, so muss der Verkäufer auch für diese haften [2]); ebenso wenn dieses Interesse bei einem gestohlenen Sklaven vorhanden ist [3]). Wenn ein Sklave nicht

---

[1]) *Lex* 23, *p. ibid.* Damit steht gar nicht im Widerspruch die *lex* 65 *p. Dig. Ad. Leg. Falcid.* (35. 2). Dort ist von gewissen Grundsätzen bei Berechnung der falcidischen Quart die Rede, zu Gunsten des Erben. Der Erbe, dem ein Sklave (*servus hereditarius*) zufiel, welcher nach dem Tode des Testators von einem Dritten zum Erben eingesetzt wurde, soll sich diese in Aussicht stehende Erbschaft, um welche der Sklave selbst mehr gelten kann beim Verkauf z. B., an der Quart nicht anrechnen lassen; so dass dieser Vortheil eigentlich den Legataren zu gute käme. So lange der Sklave noch nicht angetreten hat, und es steht ja bei den Erben, ihn diess thun zu lassen oder nicht, ohne dass er desshalb Etwas in *fraudem legatariorum* thäte, ist der Erbe eben noch nicht bereichert. Dazu kommt noch, wie mir scheint, dass der Erbe seinen Vortheil eben nicht aus der Verlassenschaft dessen, dessen Erbe er ist, bekommt, sondern n a c h dem Tode des Erblassers durch die Liberalität eines Dritten. Die Stelle berührt weder formell noch materiell die Lehre vom Schadenersatz.

[2]) *Lex* 8 *Dig. de evict. et dupl. stip.* (21. 2).

[3]). *Lex* 52 §. 28 *Dig. de furtis* (47. 2).

exhibirt wird und es geht desswegen für den Herrn eine Erbschaft verloren, so geht die ***actio ad exhib.*** auf die volle Erbschaft [1]). Wenn eine Urkunde gestohlen worden ist, so wird als Simplum für die Condemnation das volle Interesse angenommen, also bei einer Schuldurkunde die ganze Schuld, für die sie errichtet ist [2]). Bei einem vorenthaltenen Testament geht das ***interdictum de tab. exhib.*** auf die Erbschaft, auf die der Erbe nach dem Instrument Anspruch machen kann [3]).

Wenn ein Sklave als Theilnehmer an betrüglichen Handlungen in Criminaluntersuchung steht, hauptsächlich zu dem Zwecke, dass er auch die übrigen Theilnehmer angebe, und er wird getödtet, und so dieser Zweck vereitelt, so geht die Klage gegen den Tödter auch auf das Interesse, das der Herr an der durchgeführten Untersuchung gehabt hätte [4]).

Wenn mein Sklave getödtet worden ist, den ich bei einer Conventionalstrafe an einen Dritten zu tradiren versprochen habe, so muss mir auch diese Strafe, in die ich verfallen bin, ersetzt werden [5]). Ebenso, wenn ich einen gestohlenen Sklaven bei einer Conventionalstrafe einem Dritten schuldete [6]).

Wenn ein getödteter Sklave zu einem Ensemble gehörte

---

[1]) *Lex* 9, §. 8, *cf. c. lex* 11 *p. Dig. Ad. exhib.* (10. 4).

[2]) *Lex* 32, *p.* u. §. 1 *D. de furtis.*

[3]) *Lex* 3, §. 11 u. 12. *Dig. de tab. exhib.* (43. 4).

[4]) *Lex* 23, §. 4 *Dig. Ad. Leg. Aquil.* (9. 2).

[5]) *Lex* 22, *p. Dig. eod. tit.*

[2]) *Lex* 67, §. 1 *Dig. de furtis* (47. 2).

(Schauspielertruppe, Musikbande, Zwillingspaar) und dieses nun in seinem Werthe verliert oder ganz aufhört, so gehört auch der dadurch entstandene oder darin liegende Schaden zu dem zu vergütenden Interesse. Das Gleiche gilt bei Thieren (Zwei- oder Viergespann)[1].

Wenn mir Einer Geld schuldig ist, das er mir zu einer bestimmten Zeit oder an einem bestimmten Orte zu geben versprochen hat, und er kommt seinem Versprechen nicht nach, und ich bin desshalb in Schaden gekommen, z. B. in eine Conventionalstrafe verfallen, da ich das Geld selbst wieder einem Dritten auf eben die Zeit schuldete, oder meine verpfändeten Sachen sind verkauft und gar unter dem Preise verkauft worden, so muss mir mein Schuldner allen diesen durch sein verabredungswidriges Benehmen verursachten Schaden ersetzen[2]. Bei einem *adjectus solvendi caussa* kann der gleiche Fall eintreten. Wenn eine Stipulation so gefasst ist, dass der Schuldner dem Creditor oder einem Dritten (Titius) nach Auswahl des Creditors, Zahlung verspricht, so ist die Klage, die ich auf Zahlung an mich anstelle, die *condictio. certi* und geht also bloss auf die eigentlich geschuldete Summe; wenn ich dagegen mit Rücksicht auf den *adjectus* klage, weil der Schuldner diesem, wie ich ihm befohlen habe, nicht Zahlung geleistet, so kann die Klage die *condictio incerti* sein, so dass sie von vorneherein auf das Interesse geht, wenn ich z. B. dem Titius

---

[1]) *Lex* 22, §. 1, *Dig Ad. Leg. Aq.* (9. 2). Analoge Anwendung bei Expropriationen von Grundstücken.

[2]) *Lex* 2, §. 8 u. *lex* 4. *p. Dig. de eo, quod certo loco* (13. 4). *Lex* 3. *Dig. de in litem jurand.* (12. 3).

gegenüber in eine Conventionalstrafe verfallen bin, da ich ihm das Geld schuldig war (desswegen geschah die *adjectio*) und er nun dasselbe nicht zu rechter Zeit bekommen hat [1]; oder auch nicht am verabredeten Ort; in diesem Fall kann ich aber auch selbst für mich auf das Interesse klagen [2].

Wer (wissentlich) einem Andern ein fehlerhaftes Gefäss (*vas*, *dolium*) commodirt [3] oder (auch ohne Wissen, *ignorans*) ein solches leiht [4] oder verkauft [5] und der Commodator, oder Miether oder Käufer kommt dadurch in Schaden — der hineingebrachte Wein ist herausgeronnen oder zu Essig geworden, das Oel zu Nichts mehr brauchbar u. dgl. — der muss dem Geschädigten diesen Schaden ersetzen.

Wenn Einer Einem ein krankes Stück Vieh verkauft

---

[1]) *Lex* 118, §. 2 *Dig. de verb. oblig.* (45. 1): *Decem mihi, aut Titio, utrum ego velim, dare spondes? Ex eo, quod mihi dandum est, certi stipulatio est; ex eo, quod illi solvendum, incerti; finge, mea interesse, Titio potius, quam mihi solvi, quoniam pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisset. (Papinianus.)*

[2]) *Lex* 2, §. 7, *Dig. de eo, quod certo loco.*

[3]) *Lex* 18, §. 3 *Dig. Commod.* (13. 6). Vergleiche dazu und zu den Noten [2]), [3]) und [4]) die Note [1]) auf p. 2. Wissen oder Nichtwissen, *dolus* und *ignorantia* können wohl Einfluss haben auf das Klagrecht auf Schadenersatz; aber ist dieses einmal begründet, so macht es gar keinen Unterschied mit Bezug auf das Mass und den Charakter des indirecten Interesse; das ist überall gleich.

[4]) *Lex* 19, §. 1 *Dig. Loc. Cond.* (19. 2).

[5]) *Lex* 6, §. 4 *Dig. de act. E. V.* (19. 1).

(wissentlich) oder einen unbrauchbaren Balken und es entstand daraus für den Käufer Schaden, – das kranke Vieh steckte andere, ganze Ställe voll mit seiner epidemischen Krankheit an; eine Wand oder gar ein ganzes Gebäude stürzte wegen des fehlerhaften Balkens, der zum Fundament z. B. gebraucht wurde, ein, — so muss auch dieser Schaden in seinem ganzen Umfange ersetzt werden [1]). Ebenso, wenn einem ein diebischer Sklave verkauft wurde, oder ein Ausreisser und der Sklave vergriff sich an den Gütern des Herrn oder riss aus, noch andere dazu verleitend, so kann auf die Vergütung dieses Interesse geklagt werden [2]).

Wenn einer durch die Arglist eines Andern abgehalten oder aufgehalten wurde, vor Gericht zu erscheinen, so hat er gegen diesen die Klage auf allen ihm durch jenes Versäumniss entstandenen Schaden. Hat z. B. der Beklagte in der Zwischenzeit nun die Sache usucapirt, oder ist die Klagverjährung eingetreten, so muss der arglistig Handelnde dem Geschädigten den vollen Werth des verlorenen Streitobjektes bezahlen [3]).

Wenn bei der *cautio damni infecti* der eine Nachbar das wirklich sehr zerfallene Gebäude des andern repariren lässt, so müssen ihm von diesem die Auslagen ersetzt werden; interessanter aber ist der Fall, wenn die Miethsleute dessen, der sich hat Caution geben lassen, weil sie sich nie sicher

---

[1]) *Lex* 13 *p. Dig. de act. E. V.*

[2]) *Lex* 13, §. 1 *ibid.*

[3]) *Lex* 3 *p. Dig. de eo, per quem factum erit., quominus* (2. 10). Ist der Arglistige insolvent, so wird der Geschädigte gegen den Beklagten restituirt. §. 1 *ibid.*



fühlen und in begründeter Furcht (*justo metu*) stehen, das elende Gebäude des Nachbars könnte ihnen und ihrem Hausherrn jeden Tag auf Hals und Kopf stürzen, ausziehen; in diesem Fall muss der Nachbar dem in Schaden gekommenen Hausherrn die Miethzinse, die natürlich die Ausgezogenen wenigstens für die übrige Miethzeit nicht zu bezahlen brauchten, ersetzen[1].

Ich will mich mit diesen Beispielen begnügen; die Quellen enthalten deren noch viele. – Bei allen treffen die in §. 5 aufgestellten Requisite des zu vergütenden Interesse vollkommen zu. Das *lucrum*, wenn ein solches zur Sprache kommt (Erbschaften etc.) ist stets oder war stets ein sicheres, gewisses; und als die alleinige, von keinen fremdartigen und ausserordentlichen Einflüssen und Zufälligkeiten (wie beim Verhungern des Sklaven) untermischte Ursache des eingetretenen Schadens gibt sich stets gleich das rechtswidrige Benehmen des Dritten zu erkennen. Alle jene Beispiele sind auch mitten aus dem Reichthume des Lebens herausgenommen, während das Verhungern von Thieren oder Sklaven wegen nicht gerade zur verabredeten Zeit tradirten Getreides wohl ausserhalb des Lebens steht. Conventionalstrafen, Verpfändungen, Erbeinsetzungen, Käufe und Verkäufe, Miethen etc. gehörten im römischen Verkehre und gehören im heutigen Leben zu den täglichen Erscheinungen, sowie rechtswidrige Handlungen: Delicte, Verzögerungen, Arglist im Handel und Wandel, durch welche im Zusammenhang mit jenen und in Bezug auf jene Er-

---

[1]) *Lex* 28 u. 43 §. 1 *Dig. de damno infecto* (39. 2).

scheinungen Nachtheile und Verluste eintreten. Wenn auch heutzutage freilich keine Sklaven mehr zu Erben eingesetzt werden, die Alles dem Herrn erwerben, wenn manche der obigen Beispiele in der concreten Gestalt und in dem Detail, den ihnen der römische Verkehr gab, in der heutigen Wirklichkeit nicht mehr vorkommen, und in dieser Richtung als antiquirt zu betrachten sind, so gibt es auf der einen Seite doch auch heute ganz analoge Erscheinungen und man braucht am Ende nur den Namen (statt Sklave Freier) zu ändern; und auf der andern Seite sollen und können jene Beispiele doch die Manier und den juristischen Geist zeigen, mit denen die Römer in Betreff der abgehandelten Frage den Verkehr und das Leben beobachteten und behandelten. — Dabei stosse man sich aber für die heutige Anwendung am allerwenigsten an den Beispielen, die aus den Titeln *Ad. Leg. Aquil.* oder *de furtis* hergenommen sind. Allerdings sind die *act. Leg. Aquil.* und die *act. furti* pönaler Natur; allein theils ist das pönale Element sehr zufällig, und ein bloss mögliches, theils lässt es sich von dem civilen Element vollständig unterscheiden und ausscheiden.

Die *act. Leg. Aq.* geht zunächst auf Entschädigung, und dieses rein civile Element tritt in weitaus den meisten Fällen allein hervor. In der Zurückrechnung auf ein Jahr oder einen Monat liegt ein bloss möglicher unbestimmter Strafzusatz. Es ist dem Kläger gestattet, für die Berechnung des Schadens irgend einen früheren, ihm günstigen Zeitpunkt innerhalb jener Grenze auszusuchen und bloss in dieser facultativen Befugniss liegt das pönale Element, das eben sehr problematisch und in den wenigsten Fällen in

Wirksamkeit tritt[1]). Zudem aber hat jene Zurückrechnung mit der Frage, was man unter indirectem Interesse oder Interesse überhaupt zu verstehen habe, was als solches gelten könne oder nicht, gar Nichts zu schaffen. Auch wenn der Kläger sich veranlasst findet, zurückzurechnen, so kann er desshalb nicht Etwas als Interesse aufstellen, was nach den in §. 5 entwickelten Grundsätzen nicht mehr als solches zu betrachten ist.

Und wie steht es mit der *act. furti?* Das civile Element bildet bei ihr die Grundlage von jenem pönalen Element des *duplum* und *quadruplum*. Erst muss der Civilpunkt, das *simplum*, zu welchem auch, wie aus manchem der obigen Beispiele hervorging, das Interesse gehörte (diess wenigstens entschieden im justinianischen Recht), festgestellt werden, dann erst kann die Strafe, die eine blosse Vervielfachung von jenem ist, bestimmt werden. Die Strafe hat heutzutage eine andere Gestalt und ein anderes Mass angenommen, aber der reine Entschädigungspunkt ist, der Natur der Sache nach, ganz das Gleiche bei uns, was bei den Römern, und bei diesen war er das Gleiche, was er bei uns ist. — Daher darf man füglich auch für die heutige Praxis, da, wo es sich eben rein um den Civilpunkt handelt, auf jene keineswegs antiquirten Beispiele, die aus den Titeln *de Leg. Aq.* und *de furtis* hergenommen sind, verweisen.

---

[1]) Savigny System. Bd. V. §. 212 pag. 57. Ueber die Condemnation *in duplum* wegen Läugnen bei dieser Klage brauche ich hier Nichts zu sagen; das ist eine rein processualische Massregel.

§. 7.

Jusjurandum in litem (Würderungseid).

Die bisher entwickelten Grundsätze über den Charakter des zu vergütenden, indirekten Interesse und das Mass des Schadenersatzes gelten nun zunächst für alle die weitaus gewöhnlichsten Fälle, in denen die Grösse und der Umfang des Schadens von dem Kläger durch die gewöhnlichen, ordentlichen, objektiven Beweismittel bewiesen wird und der Richter demnach den Ersatz bestimmt. Nun gibt es aber ein Rechtsinstitut, in dessen Wesen und in dessen Zwecke es nach einer häufig oder beinah durchweg herrschenden Meinung liegen soll, jene Grundsätze zu modificiren, in der Weise, dass dabei die in jenen Grundsätzen enthaltenen Schranken fallen und der Schadenersatz nach einem viel erweiterteren Masse berechnet werde. Es kam im römischen Process unter gewissen Voraussetzungen vor [1]), dass dem Kläger das Recht eingeräumt wurde, die Schätzung des erlittenen Schadens auf sein Gewissen zu nehmen und durch einen blossen Eid zu bewerkstelligen. Diess ist das *jusjurandum in litem.* Es liegt mir ob, nachdem ich die

---

[1]) Unter welchen Bedingungen dieser Eid stattfand, dieses zu besprechen gehört nicht in mein Thema. Das gehört in die Lehre vom Beweise im Prozessrecht. Es sind übrigens kurz die: 1) *dolus* oder *contumacia* des Beklagten. 2) Klage auf Restitution oder Exhibition (*arbitrariæ formulæ*), überhaupt bei *bonæ fid. jud.* (Savigny Bd. V. pag. 129, Note g.). Auch bei *strict. jur. jud.*, wenn sonst der Werth durchaus nicht ermittelt werden kann; *lex* 5. §. 4, *h. tit.* (12. 3). 3) Illiquidität des Schadens.

Regel festgestellt habe, auch die Ausnahme, als welche man eben meistens dieses Institut betrachtet, zu besprechen, und ich thue das um so lieber, als hier in erhöhtem Masse die Wahrheit des Satzes, dass die Ausnahme die Regel bestätige, hervortritt. Es wird sich nämlich zeigen, dass diese Ausnahme mit der Regel vollkommen harmonirt, d. h., dass sie gar keine Ausnahme ist, nämlich in ihrem materiellen Charakter betrachtet. Die Auffassung eben, als gelte bei dem Würderungseide ein anderes Mass, als wie es die Regel aufstellt und als wie wir es aus dem Obigen kennen gelernt haben; die Ansicht, als sei die Angabe der Grösse des Schadens lediglich dabei der subjektiven Willkür des Schwörenden anheimgestellt, muss entschieden verworfen werden, obgleich sie nicht unbedeutende Verfechter gefunden hat [1]). Sie steht im Widerspruche mit der eigensten Natur und dem Zwecke jenes Rechtsinstitutes, sowie auch mit den Quellen selbst, wenn man dieselben genau ansieht.

Der Würderungseid, wenn er stattfindet, ist ein Surrogat des ordentlichen Beweises. Schon daraus folgt, dass er ganz auf dem gleichen Boden steht, ganz das gleiche Objekt, das gleiche Ziel hat, wie der gewöhnliche Beweis, d. h. lediglich die objektive Wahrheit. Das blosse Surrogat des Beweises kann, schon logisch genommen, kein anderes Objekt haben, als der Beweis selbst. Die Verschie-

---

[1]) **Schoemann, Lehre vom Schadenersatz Bd. II. p. 150 et sqq. Drummer, Theorie des Würderungseides pag. 22 sqq Göschen Vorles. §. 397 Bd. II. 2. pag. 87. Puchta Lehrbuch §. 226 pag. 329 not. n. Hänel, Schadenersatz §. 82 pag. 96. Savignys (Bd. V. pag. 123) Meinung ist etwas zweifelhaft.**



denheit zwischen beiden besteht nur in der processualischen Form, nicht aber in dem materiellen Ziele und Zwecke, das bei beiden das Gleiche ist. Statt dass Etwas durch die gewöhnlichen, umständlichen Beweismittel bewiesen wird, wird die Wahrheit kurz auf den Eid des zum Beweise Verpflichteten abgestellt. Und auch in diesem Eide liegt schon die Widerlegung jener andern, extremen Ansicht. Auf den Eid wird abgestellt. Liegt darin nicht, dass dem Schwörenden zur Gewissenspflicht gemacht wird, sich strenge an die Wahrheit zu halten, nur den wirklich erlittenen, pekuniären Schaden anzugeben? Diese allgemeinen, aus dem inneren Wesen des Institutes hergenommenen Gründe werden nun auch vollkommen durch positive Bestimmungen der Quellen unterstützt und bestätigt.

Wenn Einer Geld deponirt hat und der Depositar will dasselbe nicht mehr herausgeben, so kann der Würderungseid stattfinden auf das Interesse (natürlich nicht auf die eigentliche Schuld, da diese immer die gleiche ist; 100 sind immer 100) und als Interesse, auf welches der Eid geht, wird angeführt, wenn der Kläger z. B. wegen Nichtaushingabe des Geldes einem Anderen, dem er dasselbe selbst schuldete, in eine Conventionalstrafe verfallen ist, oder wenn seine Pfänder verkauft worden sind [1], also ganz die

---

[1]) *Lex* 3 *Dig. h. tit.* (12. 3). *Numis depositis judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque, quod sua interfuit, quum certa sit numorum aestimatio, nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit, numos sibi sua die redditos esse. Quid enim, si sub poena pecuniam debuit aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est?*

gleichen Fälle, wie ich sie schon oben pag. 21 aus der *lex* 2 §. 8 *Dig. de eo, quod certo loco* angeführt habe.

Bei nicht geleisteter Exhibition einer Urkunde geht der Eid auf das Interesse, das man bei der Exhibition gehabt hätte oder haben würde, nämlich auf die in der Urkunde bezeichnete Schuld, Forderung. Die Fälle wurden ebenfalls oben pag. 20 behandelt. Aber sagt vielleicht die *lex* 8 *h. tit.* etwas Anderes [1]? Durchaus nicht. Sie sagt lediglich das: Der *adultus* solle mehr bekommen als den blossen vom Richter geschätzten Sachwerth der vom Tutor vorenthaltenen Sache; es soll ihm das Interesse vergütet werden und auf dieses Interesse soll der *adultus* schwören dürfen. — Also nur die richterliche Schätzung des Sachwerthes und das beschworne Interesse werden einander gegenübergestellt; und wenn in der Stelle von der Bestrafung der Contumacia des Beklagten gesprochen wird (*quum contumacia punienda sit*), so zeigen die gleich darauf folgenden Worte sehr deutlich, was damit gemeint ist; die Strafe besteht nämlich auf der einen Seite darin, dass der Beklagte nun das Interesse zu leisten hat, was natürlich mehr beträgt in diesem Falle, als der einfache Sachwerth, und auf der andern Seite, dass der Kläger des gewöhnlichen Beweises überhoben und die Schätzung seinem Eide anheimgestellt wird; aber sie besteht nie und nimmer in einer masslosen eidlichen Angabe des Klägers. Namentlich

---

[1]) *Tutor rem adulti, quam possidet, restituere ei non vult; quaero, utrum quanti res est, an quanti in litem juratum fuerit, condemnari debet? Respondi: non est aequum, pretio, id est, quanti res est, litem aestimari, quum et contumacia punienda sit,*

aber besteht das für den Beklagten lästige und gewissermassen poenale Moment darin, dass dem Kläger durch die Delation des Würderungseides die Sache so leicht gemacht wird. Das ist klar gesagt in *lex* 2 *h. tit.*, wo nicht das *quod intersit agentis* dem *quanti in litem juraverit actor* entgegengesetzt wird, also das Interesse dem, was der Kläger in seinem Eid anzugeben für gut findet, sondern wo vielmehr das *solum aestimare* (*ejus quod interest*) dem *in litem jurare* gegenübergestellt wird [1]). Das ergibt sich noch ganz zweifellos bei Vergleichung dieser Stelle mit *lex* 4. §. 4 [2]) und *lex* 5. §. 3 *h. tit.* [3]), wo nur der Eid und die richterliche Schätzung gegensätzlich gefasst werden.

Noch muss ich aber eine Stelle berühren, die gegen die oben entwickelte Ansicht über den materiellen Charakter des Würderungseides Zweifel zu wecken geeignet ist, obgleich mir eine einzige Stelle, sollte sie in der That einen Widerspruch enthalten, zur Widerlegung einer Darstellung, die ihre Gründe aus der eigensten, inneren Natur der Sache herholt und die sich auf mehr als eine Stelle der

---

et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit, potestate petitori in litem jurandi concessa.

[1]) *Interdum, quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti quum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; quum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor.*

[2]) *Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum constat, sed aestimationem a judice faciendam.*

[3]) *Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur; non etiam ob culpam; haec enim judex aestimat.*

Quellen selbst noch stützen kann, nicht genügend zu sein schiene. Indessen enthält diese Stelle bei genauerer Prüfung wirklich keinen Widerspruch. In *lex* 4 §. 2 *h. tit.* [1]) ist gesagt: ***Jurare autem in infinitum licet.*** Heisst das, der Schwörende darf den Mund masslos voll nehmen, ins Unendliche schwören? Unmöglich. Wie reimte sich das mit den anderen Stellen? Nein. Es heisst nur, der Kläger darf auf das volle Interesse schwören, ohne dass ihm in der Regel eine Grenze, ein Maximum angewiesen wäre, wo er Halt zu machen hätte, wie diess z. B. durch die *lex unic. Cod. de sententiis, quae pro eo* (7. 47) geschieht [2]). Die Grenze ist eine nicht bestimmte; sie ist eine *infinita*; denn *infinitum* heisst eben auch unbestimmt. Diese Auslegung wird vollkommen bestätigt durch die folgenden Worte der Stelle. Der Schwörende darf *infinitum* schwören; es ist ihm keine Grenze vorgezeichnet, in der Regel wenigstens; aber er darf nicht *in immensum* schwören, d. h. ohne alles Mass und Ziel, ins Blaue hinein. Seine eidliche Angabe muss sich

---

[1]) *Jurare autem in infinitum licet. Sed an judex modum jurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne a r r e p t a o c c a s i o n e i n i m m e n s u m j u r e t u r, quaero; et quidem in arbitrio esse judicis, deferre jusjurandum, nec ne, constat. An igitur, qui possit jusjurandum non deferre, idem possit et taxationem jurijurando adjicere, quaeritur; arbitrio tamen bonae fidei judicis etiam hoc congruit.*

[2]) Das Pandektenrecht nämlich kennt keine gesetzliche Grenze; aber allerdings glaube ich entschieden, dass das in der Just. Constitution enthaltene Maximum auch seine Anwendung fände auf den Würderungseid, wenn man sie anders gelten lassen will.

innerhalb der Grenzen der Möglichkeit, der Wahrscheinlichkeit, des Gewöhnlichen halten, und dem Richter ist vor und selbst nach dem Eide die Befugniss eingeräumt, darüber zu wachen, dass diese Grenze eingehalten werde. Er darf vor dem Eide ebenfalls ein Maximum festsetzen, sowie er auch an den Eid selbst nicht unbedingt gebunden ist, sondern nachher selbst ihn weniger condemniren kann, als die eidliche Angabe lautet [1]). — Auch hierin findet die von mir verfochtene Ansicht ihre volle Bestätigung.

Trotz dem bisher Gesagten und Verfochtenen aber gebe ich nun doch zu, dass die Condemnation in Folge des geschwornen Würderungseides in der Regel auf eine grössere Summe gehen wird, als wenn der Kläger sein Interesse durch den gewöhnlichen Beweis hätte darthun müssen. Und das erklärt sich ganz einfach durch das Leben. Einmal wird der Schwörende sein Interesse meistens in einer vollen, runden Summe angeben, bei 10, 20, 30 Fr. z. B. auf oder ab, ohne dass er desshalb der Wahrheit gerade zu nahe zu treten, und einen Excess, einen Meineid, der da überhaupt nicht so leicht angenommen wird [2]), zu begehen braucht; und dann spielen sicherlich oft mancherlei Rücksichten, Beziehungen auf die Sache, nicht gerade pekuniärer Natur, Gefühle etc. etc. unwillkürlich bei der Schätzung mit, so dass diese dadurch erhöht wird und der Schwörende macht sich daraus in Berücksichtigung des

---

[1]) *Lex* 4. §. 2. *u.* 3., *lex* 5. §. 1 *u.* 2 *h. tit.*

[2]) *Lex* 11 *h. tit.: De perjurio ejus, qui ex neccessitate juris in litem juravit, quaeri facile non solere.*

chicanösen und böswilligen Benehmens des Beklagten durchaus kein Gewissen; er findet diess am Platze und der Gerechtigkeit gemäss, und wir geben ihm darin Recht. Kurz, das Schwanken in der Schätzung, das sich bei solchen Streitigkeiten stets und unausweichlich zeigt, wird durch den Würderungseid immer zu Gunsten des Klägers, des Schwörenden ausschlagen. So macht sich die Sache in der Anwendung und in diesem Sinne kann man allerdings sagen, liege in dem Würderungseide auch materiell eine gewisse *poena* für den Beklagten; aber principiell gelten für den Würderungseid gar keine anderen Grundsätze, als für die Schätzung und Angabe des Interesse auf dem gewöhnlichen Wege des Beweises. Und das wollte ich darthun.

Schliesslich scheint es mir denn sehr zweifelhaft, ob dem Würderungseide heutzutage noch eine grosse, oder überhaupt nur eine praktische Bedeutung zukomme; ja ich glaube sogar, es war das nicht einmal mehr im Rechte Justinians der Fall. Das *jusjurandum in litem* fand seine Veranlassung in der »Eigenthümlichkeit des alten Processes, nach welcher die Condemnation stets auf eine Geldsumme ging. Daraus entstand die seltsame und ungerechte Folge, dass ein hartnäckiger Beklagter den Kläger stets zur Abtretung der diesem gebührenden Sache gegen baares Geld nöthigen konnte. Diese Folge sollte dadurch abgewendet werden, dass der Debitor auf die freiwillige Naturalrestitution hinzuwirken suchte[1].« Geschah nun diese nicht,

---

[1]) Savigny System. Bd. V. pag. 122 u. 123. Der Richter war in der Klageformel darauf angewiesen, erst zu condem-

wegen *dolus* oder *contumacia* nicht, so waren die Bedingungen vorhanden zur Delation des Würderungseides an den Kläger, und dieser Eid konnte nach seiner formellen Eigenthümlichkeit und zum Theil auch nach seinem materiellen Charakter, wie er eben dargestellt wurde, allerdings als ein indirektes Zwangsmittel gelten gegen den Beklagten behufs der Naturalrestitution; denn er konnte nun kaum hoffen, von seiner Arglist oder seinem Ungehorsam viele Vortheile zu ziehen. So wirkte das Institut sehr wohlthätig im älteren Processe, bei dessen einseitiger Condemnation auf Geld. – Aber zur Zeit Justinians bestand die ausschliessliche Verurtheilung in eine Geldsumme nicht mehr; es fand bereits direkte Verurtheilung auf den geschuldeten Gegenstand selbst statt, und in nothwendiger Verbindung damit direkter obrigkeitlicher Zwang behufs der Naturalrestitution, in verschiedenen Formen. Damit war aber die Veranlassung des Würderungseides nicht mehr da und die Bedingungen desselben gefallen, und er war am Ende höchstens nur noch da am Platze, wenn der Beklagte und Verurtheilte die aushinzugebende Sache vor der Execution arglistig vernichtet hatte; ein Fall, der aber wohl selten zutraf, da der Beklagte sich selbst dadurch ja am meisten Schaden zufügte. So verhält es sich aber auch im heutigen Rechte und im

---

niren, falls der Beklagte nach seinem Ermessen die Sache nicht restituire, (*nisi arbitrio judicis rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali caussa servum dedat*). §. 31 *T. de actionibus* (4. 6). Man nannte solche Klagen *actiones arbitrariae* und die Formeln, die jene Anweisung enthielten, *formulae arbitrariae*.

heutigen Process, der eine einseitige, ausschliessliche Verurtheilung in Geld ebenfalls nicht kennt.

§. 8.

Recht des Codex.

In dem vorhergehenden Paragraphen hatte ich einen Irrthum zu bekämpfen, der die in §. 5 aufgestellten Grundsätze in erweiterndem Sinne modificirte; jetzt liegt mir ob, eine Meinung zu besprechen, die gerade das Gegentheil davon enthält, welche die Grenzen, die wir in dem Bisherigen kennen gelernt haben, enger schliessen will. Es ist das aber mehr als eine Meinung, mehr als ein blosser Irrthum; es geschieht diese Einschränkung durch ein positives Gesetz, durch eine Constitution Justinians. Sehen wir zu, wie sich dieses Codexrecht zu dem bis dahin dargestellten Pandektenrecht verhalte und welche Bedeutung demselben zukommen könne. Ich setze die Constitution der Uebersicht wegen gleich ganz her. Sie bildet den Titel 47 *lib. VII Cod. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur*, und lautet:

Quum pro eo, quod interest, dubitationes antiquae in infinitum productae sunt, melius nobis visum est hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in angustum coarctare. Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc, quod interest, dupli quantitatem minime excedere; in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui caussas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc

reddatur et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat, quum scimus, esse naturae congruum, eas tantummodo poenas exigi, quae cum competente moderamine proferuntur vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id, quod interest, statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquae prolixitatis hujus constitutionis recitatio.

Ein merkwürdiges Gesetz! Wie erklären wir uns dasselbe? So einfach im Grunde die behandelte Lehre ist, wenn man sie ohne alle Nebenrücksichten, als Unbetheiligter für die Wissenschaft und die Praxis darstellt, so völlig mit einander übereinstimmend die verschiedenen und scheinbar widersprechenden Stellen der Quellen erscheinen, wenn man sie eben mit unparteiischer, ruhiger Unbefangenheit und in stetem Hinblicke auf den Gang des Lebens betrachtet, so begreift man doch ganz gut, dass die Rabulistik der Parteien vor Gericht, je nach ihrer Rolle als Kläger oder Beklagte, ganz verschiedene, entgegengesetzte Meinungen über das Mass der Vergütung gelten machen konnte, indem sie nur gerade eine einzelne, ihr, wenn man sie eben bloss oberflächlich und ganz für sich und nicht im Zusammenhange und in Verbindung mit den andern Beispielen betrachtete, scheinbar günstige Stelle, wie etwa auf der einen Seite die *lex* 21. §. 3 *de act. E. V.* oder die *lex ult. de peric. et commod.*, oder die *lex* 8 *de evict. et dupl. stipul.* und auf der andern Seite die *lex* 2 §. 8 *de eo, quod certo loco* oder die *lex* 63 *ad Leg. Falcid.*, herausgriff und mit der schroffsten

Einseitigkeit und mit blindem Parteieifer behandelte. — Der scharfe, klar überschauende, wissenschaftliche Geist und die praktische Tüchtigkeit der klassischen Juristen wäre freilich mit dergleichen extremen Parteimanoevern bald fertig geworden und hätte leicht das Richtige gefunden. Aber dieser Geist war zu Justinians Zeit schon lange nicht mehr vorhanden; es war im Ganzen ein wissenschaftlich verkommenes Zeitalter und die damaligen Richter wussten von der sicheren Casuistik ihrer ehemaligen Vorgänger Nichts. Eine mechanische Regel sollte überall das Denken ersetzen, wie das ja das bekannte Valentinianische Citirgesetz am besten beweist. Diese Unwissenschaftlichkeit der späteren Periode und vor allem der Zeit, in der sie entstand, geht aber am schlagendsten aus der angeführten Constitution Justinians hervor. Dieses Gesetz charakterisirt in seiner wortreichen, schwülstigen Form, in seinem unjuristischen Inhalte oder seiner Inhaltslosigkeit und in seinem verfehlten unmöglichen Zwecke treffend die Zeit, für die es gegeben und berechnet war. Das muss man sich vergegenwärtigen, wenn man an die Besprechung dieser Constitution geht. Sie wollte, wie das der Anfang und der hochtrabende Schluss klar ausspricht, einmal reinen Tisch machen und den leidigen Klagen und Verlegenheiten, in welche mit jedem Tage fast die Richter bei Ausübung ihres Amtes durch ihre Gedankenlosigkeit und Unwissenschaftlichkeit verfielen, in Betreff der bisher erörterten Lehre ein für alle Mal und mit einem Schlage abhelfen. Aber wie das in solchen Dingen zu geschehen pflegt — es kommt entweder Nichts dabei heraus oder eine Dummheit. — Beides findet sich in Justinians Gesetze.

Mit Bezug auf die Fälle, d. h. Obligationen (sei es aus

Rechtsgeschäften oder aus Delicten), deren Objekt nicht von vorneherein ein im Werthe bestimmtes und begrenztes ist, wohin z. B. die meisten Obligationen auf ein *facere* (Tradition), auf Eingehung eines obligatorischen Rechtsgeschäftes, wie Bürgschaft, Expromission, Mandatum, oder wohin diese obligatorischen Verhältnisse selbst gehören (*mandat. negot. gest. tutel. interdict. etc.*) oder gehören können, muss, wenn eine Schadenersatzklage aus ihnen entsteht, das volle Interesse prästirt werden. Es war da gar nicht möglich, eine andere Bestimmung zu treffen, und auf Grundlage eines bestimmten Sachwerthes eine feste Grenze einzuführen; da ein solcher Sachwerth (im Gegensatz des Interesse), der gewissermassen als Kern, als Hauptstamm zu betrachten wäre, an den sich das Interesse als etwas Accessorisches nur anreihte, bei jenen Obligationen nicht gegeben ist, vielmehr Eins in das Andere verschwimmt; es ist nur eine Interesseforderung vorhanden. — In diesen Fällen also waren die Richter nach wie vor auf sich selbst angewiesen. (*Per suam subtilitatem requirant, ut, quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur.*)

Es war nun in Gottes Namen selbst Justinian, so gern er es gethan hätte, unmöglich, hier ein für alle Mal ein durch eine Zahl bestimmtes Mass festzusetzen, wie er es bei den übrigen Fällen versuchte, und seinen Beamten die Selbstthätigkeit und das Denken zu ersparen. Nur legt er ihnen ans Herz, auf unverschämte, ränkevolle Angaben und Berechnungen, wobei manchmal von der beschädigten Partei alles Mögliche, die entferntesten Eventualitäten an den Haaren herbeigezogen werden, um den Schaden recht gross darzustellen (*machinationibus et immodicis perversionibus,*

damnum in circuitus inextricabiles redigitur) keine Rücksicht zu nehmen, sondern ruhig zu erforschen, was nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge als Schaden betrachtet werden könne (*quod re vera inducitur damnum*). Es enthält diese Bemerkung aber gar nichts Anderes, als was verschiedene Pandektenstellen sagen, z. B. *Lex* 29 §. 3 *ad Leg. Aquil.*, *Lex* 21 §. 3 *de act. E. V.*, *Lex ult. de peric. et commod.*, deren Inhalt und Tragweite ich oben auseinandergesetzt habe, und die justinianischen Richter waren also für die Fälle, «*qui incerti esse videntur*,» auch nach der Publikation jenes Gesetzes, wenn sie sich nach Rath umsehen wollten und mochten, lediglich aufs Pandektenrecht verwiesen, auf die in §. 6 angeführten Beispiele. Also mit Bezug auf diese Fälle, die wohl am häufigsten vorkamen und vorkommen, oder doch gewiss eben so häufig, als die andern, von denen ich gleich reden werde, enthält die Constitution Justinians nichts Neues. Es blieb beim *status quo:* «die althergebrachten endlosen Zweifel und Controversen« (*dubitationes antiquae in infinitum productae*) waren nicht gehoben, nicht entschieden.

Aber mit Bezug auf die Fälle, «*qui certam habent quantitatem vel naturam*,» ist doch bei dem Wirrwarr der Meinungen für die Praxis eine wesentliche Erleichterung gegeben worden; hier hat sie den Nagel auf den Kopf getroffen und eine wohlthätige Neuerung eingeführt. —

Sehen wir zu.

Es soll, sagt Justinian, in allen diesen Fällen, d. h, bei Schadenersatzklagen aus Obligationen, deren Objekt und deren Inhalt pekuniär fixirt ist oder gleich fixirt werden kann (Summe Geldes; alle Specien) und bei denen man

also einen bestimmten Sachwerth (Sache im weiteren Sinne des Wortes genommen) von dem Interesse unterscheiden kann, das Interesse oder die Ersatzsumme nie das Doppelte des Sachwerthes, des ursprünglichen, pekuniär bestimmten und begrenzten Inhaltes der Obligation, übersteigen. Als solche Fälle führt Justinian namentlich an: Kauf und Miethe. Beim Kaufe concentrirt sich der pecuniäre Inhalt der gegenseitigen Ansprüche der Contrahenten im Kaufpreis; bei der Miethe im Miethzins (*merces*). Beides ist bei diesen Contrakten ja stets bestimmt (*certum*)[1]. Es kann aber auch in andern Contrakten natürlich ein solcher *casus certus* enthalten sein, z. B. Commodat, Trödelcontrakt etc. etc., kurz alle wenigstens, bei denen der eigentliche Gegenstand der Leistung eine Species ist. — Nur vor dem Irrthum, den die Worte des Gesetzes *veluti in venditionibus et locationibus, et omnibus contractibus etc. etc.* leicht erzeugen können, ist zu warnen, dass alle Contrakte zu den *casibus certis* gehören. Das ist eben durchaus nicht der Fall. Die oben als *casus incertos* angeführten Fälle gehören eben auch zu den Contrakten. Jene Worte sagen nur, es können alle Contrakte zu den *casibus certis* gehören; nicht aber, dass alle es sind[2].

---

[1]) §. 1 *J. de emt. et vendit.* (3. 23.)

[2]) *Illud perpetuo meminisse oportebit, metiri certitudinem casus non ex genere et caussa obligationis, sed ex re, quae in obligationem venit. Donellus a. a. O. cap.* 18 § 5 *pag.* 182. Donellus hat überhaupt sehr ausführlich, ich möchte sagen, mit minutiöser, aber dennoch unfruchtbarer Gründlichkeit darzustellen gesucht, welche Fälle *casus certi*, welche *incerti* und

Sind nun aber auch für diese Fälle durch jene Beschränkung des Ersatzes auf das Doppelte des einfachen Sachwerthes, der als Simplum angenommen wird, alle Zweifel gehoben, ist dadurch aller Hader beseitigt?

Gewiss, in gar vielen Fällen wird das volle Interesse, wie es sich nach den §§. 5 und 6 darstellt, für sich betrachtet und getrennt vom Sachwerthe, der *certa quantitas*, nicht auch so viel betragen, als dieser beträgt und also die Condemnation das Doppelte desselben nicht übersteigen, sondern innerhalb dieser Grenze bleiben. Aber auch innerhalb dieser Grenze ist noch Raumes genug für Zweifel und Streitigkeiten. Der Eine kann, auch ohne dass jene Grenze erreicht zu werden braucht, immer noch eine sehr übertriebene Angabe von seinem Schaden machen und etwas als Interesse hinstellen wollen, was nach dem früher Gesagten nicht als solches betrachtet werden kann. Und der zum Ersatze Verpflichtete sucht ebenso ungerecht und einseitig seine Verbindlichkeiten so gering wie möglich darzustellen, weit geringer, als sie es nach obigen Grundsätzen und nach einer richtigen und unbefangenen Vergleichung und Auslegung der Pandektengesetze sind. Und die verlegenen Richter sassen also so rathlos da, wie vorher; die Constitution Justinians liess sie im Stich; sie waren wieder

---

welche beides sind. cap. 17—19. pag. 174—191. Es kommt bei ihm mancher Irrthum vor und ich rede unten noch davon. Aus seiner Darstellung geht dann aber noch hervor, dass man sich auch darüber streiten kann, was als *casus cert.* u. *incert.* zu betrachten sei, und so wäre also der alte Streit, den Just. beseitigen wollte, durch einen nenen ersetzt.

auf die leidigen, Zweifel erzeugenden Rathschläge der Pandekten verwiesen. Aber überhaupt, sei dem, wie ihm wolle, sei es, dass das Interesse oder die Forderung des Klägers von vorneherein innerhalb jener Grenze bleibt, sei es, dass diess voraussichtlich oder bestimmt nicht der Fall ist, immerhin muss ja doch zuerst festgestellt werden, was wirklich als Schaden, als Interesse gelten kann; ob dasselbe wirklich jenes *duplum* übersteige und man also nöthig habe, der sonst nach früherem Recht ganz begründeten klägerischen Forderung das Machtwort Justinians entgegenzusetzen und sie bis auf das vorgezeichnete Duplum gewaltthätig zu beschneiden, oder ob diess bei genauer Prüfung der Verhältnisse nicht der Fall sei und das Interesse jenen Umfang nicht erreiche, so dass man das justinianische Gesetz nicht zur Anwendung zu bringen habe und die Condemnation auf das ganze erwiesene Interesse gehen könne. Bei diesem Streite, was als Interesse anzusehen sei, dem man nun einmal nicht ausweichen konnte, auch nach dem Gesetze Justinians nicht, machten sich nun eben jene extremen Parteiansichten, jene «alten Zweifel» geltend, deren Ursprung und deren Möglichkeit ich oben, zu Anfang dieses Paragraphen berührt habe, und man sieht also nicht ein, dass der Zweck der justinianischen Constitution erreicht worden wäre, dass der «hergebrachten» Unsicherheit, dem »alten» Streite und Gezänke ein Ende gemacht worden wäre (*finis antiquae prolixitatis*). Doch daran liegt am Ende auch nicht Alles. Aber immerhin durfte man fragen: hat das Gesetz wirklich den Uebelständen abgeholfen, in denen es seine Veranlassung fand und denen abzuhelfen es so prahlerisch versprach; hat es die beabsichtigte Wir-

kung gehabt? Und wenn diess in keiner Weise behauptet werden kann, so wird man wohl den Zweifel entschuldigen, ob der verfehlte Zweck des Gesetzes es werth sei, dass man ihm die Vernünftigkeit, die Gerechtigkeit, die Freiheit einer wissenschaftlichen Praxis, in die jene, oben mehr von ihrer formellen Seite besprochene, beschränkende Bestimmung so plump eingreift, zum Opfer bringe. — Hier aber muss ich das Gesetz von einer andern, mehr von seiner materiellen Seite aus betrachten.

Ist in dem Gesetze ein Princip?

Bei den *casibus incertis* soll stets das ganze erweisliche oder erwiesene Interesse zur Vergütung kommen, ohne dass hier ein Mass, eine Grenze gegeben wäre; bei den *casibus certis* soll der Ersatz nie ein gewisses Mass, das zudem leicht erreicht werden kann, übersteigen. Wie kommen jene Fälle nur, so frägt man sich, zu ihrer privilegirten Stellung oder vielmehr diese zu ihrer erxceptionellen Beschränkung? Freilich war es dort nicht möglich, eine Einheit, ein Festes zu finden, das man als Mass aufstellen konnte; hier war das möglich. Aber aus diesem folgt nur, dass man auch in den letzteren Fällen dem Rechte so gut hätte seinen freien Gang lassen sollen, wie in den ersteren. Man begreift aus der bei den *casibus certis* gegebenen Möglichkeit eines Masses noch nicht, wie man dazu kommt, hier nun ein Mass aufzustellen; man begreift nicht, wie in den einen Fällen die schädlichen Folgen des rechtswidrigen Benehmens eines Dritten ganz und in vollem unverkümmertem Umfange auf diesen zurückfallen; während in andern Fällen bloss wegen des zufälligen, äusserlichen Umstandes, dass die Schadenersatzklage aus einer Obligation

herrührt, deren Objekt ein pekuniär bestimmtes ist, diess weniger der Fall und die Verantwortlichkeit des Schädigers eine ungleich geringere sein soll. — Diese Ungleichheit ist eine zufällige, eine ganz und gar rohe, willkürliche, fern von aller inneren Berechtigung.

Ist das Gesetz vernünftig, rechtlich, gerecht?

Ich will seine Halbheit und Willkühr in der Anwendung an einigen Beispielen zeigen [1]).

Es hat Einer einen Sklaven gekauft um 1000; er wird dem neuen Herrn evincirt oder getödtet oder gestohlen, und es geht ihm dadurch unbestritten ein Gewinn, eine Erbschaft von 5000 oder 10,000 verloren. Die alten Juristen trugen, wie oben gezeigt worden, kein Bedenken, die Schadenersatzklage gegen den Verkäufer auf diese vollen Summen, als auf das unzweifelhafte Interesse, gehen zu lassen. Justinian sagt: Ja, jene Summen gehören allerdings zum Interesse; aber, um die Sache kurz zu machen und weil hier ein *casus certus* vorliegt, soll der Kläger an jene ihm verloren gegangene Erbschaft nur 1000, im Ganzen, den Sklaven mitgerechnet, 2000, das Doppelte des Sachwerthes, bekommen. So wird der Faden auf einmal entzweigeschnitten.

Es ist Einem ein krankes Stück Vieh verkauft worden um 100: dieses steckt, in den Stall des Käufers gestellt, ein anderes Stück Vieh an, das mindestens 150 werth ist. Beide Stücke gehen zu Grunde. Das indirekte Interesse, das eben in dem Verluste des zweiten Stückes besteht, be-

[1]) Vergleiche dazu §. 6.

trägt also 150. Nun bekommt aber der Betrogene davon nur 100; denn diese 100 und die 100 für das erste Stück machen das Döppelte des Sachwerthes, um den sich die Obligation drehte, machen 200 aus. Es werden also dem Geschädigten $^2/_3$ des untergegangenen zweiten Stückes vergütet: der andere Drittheil, die 50 fl., kommen nicht mehr zur Vergütung. Oder ich will annehmen, es werden zwei Stücke von ungleichem Werthe, das eine zu 75, das andere zu 50, tödtlich angesteckt von dem gekauften kranken Stück. Das indirekte Interesse betrüge also 125; davon aber erhält der Beschädigte nur 100; das eine Stück, zu 75, wird ihm also ganz vergütet; das andere zur Hälfte; es werden ihm also von den zwei Stücken $1^1/_2$ vergütet. Trifft die Ansteckung eine ganze Heerde, so werden davon vielleicht nur ein oder zwei bis drei Stücke vergütet, bis nämlich der Betrag des Ersatzes den Werth des gekauften, ansteckenden, den Schaden verursachenden Stückes erreicht und das vorgeschriebene Duplum vorhanden ist. Hier ruft Justinian Halt und der Faden wird auf einmal mit brutaler rücksichtsloser Hand abgeschnitten.

Es hat Einer einem Andern ein fehlerhaftes, ich will annehmen, schwammiges Stück Holz *(lignum vitiosum)* verkauft, das der Käufer zu einer Baute verwendete, denn darum hat er es gekauft; nun stürzt ihm nach einiger Zeit wegen dieses fehlerhaften Balkens die Baute ein; wodurch er einen beträchtlichen Schaden, z. B. im Werthe von 3—4000 erleidet. Der Geschädigte stellt eine Schadenersatzforderung auf diese Summe an den Verkäufer, und er bekommt an seinen ganzen indirekten Schaden vielleicht 25,

weil der Balken auch nur so viel werth war, zusammen also 50.

Ich will noch ein Beispiel anführen.

Es wurde Einem ein fehlerhaftes Gefäss verkauft oder commodirt oder vermiethet; es wurde ihm verkauft oder vermiethet um 5; dieser füllt es an mit einer köstlichen Flüssigkeit, und sie fliesst allmählig hinaus; der Schaden des Betrogenen ist mindestens 50; davon aber bekommt er nach justinianischer Gerechtigkeit 5, im Ganzen 10, das Doppelte von jenem Kaufpreis oder Miethzins. —

So stellt sich nun die Sache in vielen Fällen. Das ist die Praxis der justinianischen Constitution. Wahrhaftig, eine erbärmlichere, rohere, hölzernere Jurisprudenz kann man sich nicht denken, als diese ist. Zu dergleichen Manövern, zu so plumpen Eingriffen in die Freiheit des Rechts, in die Gerechtigkeit führt aber eine leere gedankenlose Zeit [1]).

Doch, ich bin wohl ungerecht; die Sache macht sich

---

[1]) Man hüte sich ja, die *duplae stipulatio* beim Kauf für den Fall der Eviction für ein Gleiches zu halten, wie die eben besprochene Bestimmung Just. Es war eine ganz in den freien Willen des Contrahenten gestellte, durch die Sitte gegebene Conventionalstrafe, der der gerade entgegengesetzte Gedanke, als der sich im Gesetze Just. kund gibt, zu Grunde lag, eine möglichst weite Fassung des Interesse. Selbst wenn die *actio ex stipulatu* statt hatte, war die *act. ex emto* nicht ausgeschlossen, wenn man vorzog, diese anzustellen, etwa weil das *duplum* der Stipulation das Interesse nicht erreichte. Die beiden Klagen concurrirten electiv mit einander, *cf. Lex* 17, 18 *und* 19 *p.* 6. *tit.* (21. 2.) Die *lex* 44 *Dig. de act. E. V.* ist ein iso-

am Ende nicht halb so schlecht und so unvernünftig, als es eben dargestellt wurde. Einen ordentlichen und gewandten Praktiker, sei er Richter oder Anwalt, wird das Gesetz nicht sehr in Verlegenheit bringen, und in der Freiheit seiner Entscheidungen oder Auffassungen wird es ihn nicht sonderlich beschränken. Er mache es nur, wie Donellus es macht, der mit dem Gesetze Justinians sehr originell umspringt und dasselbe ebenso willkürlich behandelt, als es selbst willkürlich ist. Wie der Rechenmeister, der zur Erleichterung seiner Aufgabe die in derselben gegebenen ungleichnamigen Brüche in gleichnamige zu verwandeln sich veranlasst findet — in ähnlicher Weise operirt auch Donellus [1]. Er bildet unter der Hand alle *casus certi* in *casus incerti* um. Er sagt, im allgemeinen gehörten wohl die Contrakte zu den *casibus certis*; und unter ihnen sei diess namentlich bei dem Kauf und der Miethe der Fall. Neben dem pekuniär bestimmten, eigentlichen Object seien aber in Obligationen oft noch pekuniär nicht fixirte andere, gewissermassen Nebenleistungen enthalten; so treffe es namentlich beim Kaufe oft ein, dass der Verkäufer neben der Tradition der erkauften Sache auch noch zu der Prästation des Interesse verbindlich sei; ja es liege stillschweigend in jedem Kaufe, dass der Verkäufer für seine Arglist hafte (*dolum malum a se abesse*); ebenso müsse er natürlich dafür

---

lirt dastehender Irrthum des Africanus und beruht auf einer Verwechslung des Inhalts der *duplae stipul.* mit der *act. ex emto.*

[1]) a. a. O. cap. 19. §. 4–6. pag. 187—190.

haften, dass die Sache so sei, wie er angegeben. Falle in diesen Punkten dem Verkäufer etwas zur Last, so entstehe eine Forderung auf das Interesse, und diese sei der Natur der Sache nach *incerta* [1], und man müsse daber hier auf das ganze Interesse condemniren, ohne Rücksicht auf das Gesetz Justinians. Es wird also die Interesseforderung als eine selbstständige Forderung aufgefasst und als *casus incertus* betrachtet, da allerdings der Betrag des Interesse nicht von vorneherein pekuniär bestimmt ist. — Auf diese Weise würde nun allerdings die Praxis die Halbheit und die Ungerechtigkeit des justinianischen Gesetzes nicht sehr verspüren. Aber ob eine solche Behandlung thunlich sei, ob sie namentlich im Sinne des Gesetzes sei, scheint mir mehr als zweifelhaft zu sein. Wo blieben denn eigentlich zuletzt die *casus certi?* Nach der Auffassung des Donellus gäbe es consequenterweise überhaupt gar keine solchen mehr; denn wo eine Interesseforderung gemacht würde, da müsste man einen *casus incertus* annehmen. Nein! die Auffassung des Donellus ist offenbar eine willkürliche und inconsequente und sein Irrthum besteht darin, dass er es erst von der Interesseforderung abhängen lässt, ob ein *casus certus* oder *incertus* anzunehmen sei und existire. Hierauf aber kommt gar nichts an. Nicht erst der Grund der Schadenersatzforderung oder die Schadenersatzforderung selbst macht

---

[1]) *Quanti autem sit, dolum adhibitum non esse, neque a principio statuitur, neque, cum ex eventu adeo incerto pendeat, aestimari potest. Duo autem haec inter se diversa, quae venditor praestare debet, rem tradere et dolum malum a se abesse. Ita unius aestimatio alterius aestimationem non continet. pag.* 187.

einen Fall zu einem *casus certus* oder *incertus*, sondern dieser ist an sich schon entweder *certus* oder *incertus*, ehe überhaupt noch von einer Klage, Schadenersatzklage die Rede ist. — Es kommt eben rein nur auf den Contrakt, auf die Obligation an, mit deren Klage die Schadenersatzforderung geltend gemacht wird. Gehört diese Obligation zu den *casibus certis* — wie dieser Begriff oben definirt wurde — so kommt mit Bezug auf den Umfang der Contrakts- oder Obligationsklage, die auf Schadenersatz gerichtet ist, die beschränkende Bestimmung Justinians zur Anwendung. Mag z. B. beim Kaufe der Schaden, den der Käufer erleidet, in einer Form auftreten, in welcher er wolle, und mag er der Arglist oder dem Verzuge des Verkäufers oder welchem Grunde immer zuzuschreiben sein; die Klage, mit der man den Ersatz des Schadens fordert, ist in allen Fällen gleich die Contraktsklage, die *actio ex emto* und das diese Klage bedingende Rechtsverhältniss, die *Emtio Venditio* gehört zu den *casibus certis*. Der Schaden also, auf dessen Ersatz man mit der Kaufklage klagt und klagen muss, wird — nach Justinian — nie über das Doppelte des Kaufpreises der verkauften oder gekauften Sache vergütet.

Donellus scheint übrigens selbst nicht recht an seine, eben bekämpfte, Ansicht geglaubt zu haben; es schien ihm selbst, dieselbe habe etwas Schiefes, und für den Fall, dass sie angefochten und umgestossen würde, schlägt er einen andern Weg ein zu dem gleichen Ziele. Er sagt nämlich: Wenn man aber auch zugeben müsste, der Fall: Prästation des Interesse beim Kaufe (wohl auch noch bei andern Obligationen) wegen Arglist, den er zu den *casibus incertis* rechne, gehöre doch zu den *casibus certis* — so

dürfe man dennoch die beschränkende Bestimmung Justinians nicht zur Anwendung bringen; es sei eben beim *dolus* eine stillschweigende, sich von selbst verstehende Ausnahme anzunehmen; das fordere laut die Billigkeit [1]). — Aber Ausnahmen verstehen sich nicht von selbst; man kann sie nicht so ohne weiteres annehmen. Das Gesetz Justinians ist ganz allgemein und unbedingt, und es hätte, wenn Justinian in dem Falle der Arglist eine Ausnahme hätte machen wollen, sehr nahe gelegen, da gerade dieser Fall wohl nicht zu den seltensten gehört, ihn ausdrücklich zu excipiren; aber dann hätte er dadurch auch den alten Streitigkeiten und Zweifeln, die er nun doch ein für allemal beendigen wollte, wieder Thür und Thor geöffnet und seine Massregel wäre — ich stelle mich da natürlich ganz auf seinen Standpunkt — eine weniger als halbe gewesen.

Auch Cujacius [2]) nimmt übrigens diese Ausnahme beim *dolus* an, gestützt auf *Lex* 13 *p. de act. E. V.* (19. 1). Zu dem eben Gesagten füge ich noch mit Bezug auf diese Stelle hinzu, dass man ebenso gut aus jeder andern Stelle, die vom Schadenersatze handelt, diese Ausnahme herleiten könnte, wie aus der angeführten *Lex* 13.

---

1) a. a. O. cap. 19 §. 4 pag. 188: *Demus tamen, partem hanc emtionis, qua de dolo suo venditor recipit, hunc a se abesse abfuturumque esse, casum esse certum, non ideo magis hunc casum ad definitionem Justiniani, quae est de casibus certis, pertinere existimem. Jam primum omnem dolum publice expedit vindicari, sed tum maxime, cum judicium bonae fidei est et id agitur, ut emtori suum restituatur, quod illi propter dolum venditoris abest.*

2) *Recitationes sol. tom. IX. pag.* 1009 *D. u. E.*

Eine zweite Ausnahme soll nach Cujacius, gestützt auf *Lex* 2 §. 8 *de eo, quod certo loco*, bei der *trajectitia pecunia* zu machen sein; denn, das ist seine Begründung, da die Zinsen bei diesem Darlehen über das Duplum, das *alterum tantum* des Capitals hinausgehen dürfen, sei auch die Vergütung des Interesse nicht an das von Justinian vorgeschriebene Mass gebunden. — Aber es ist ganz unrichtig, dass bei diesem Darlehen die Zinsen über das *alterum tantum* hinausgehen durften [1], und zweitens sind die Zinsen und das Interesse (Schadenersatzforderung) ganz verschiedenartige Begriffe und sie lassen sich nicht, das Eine durch das Andere, messen.

Mit Bezug auf beide Ausnahmen ist Glück [2], dem Cajacius gefolgt, weil sie ihm billig schienen. Er nimmt aber noch weitere Ausnahmen an in den Fällen, «wo die stillschweigende Verpflichtung, für die Gefahr und allen Schaden zu haften, entweder schon in der Natur des eingegangenen Contraktes, wie in *Lex* 6 §. 4 *Dig. de act. E. V.*, oder in dem besonderen Stande der Person liege, welche durch ihre Schuld den Schaden verursacht habe, z. B. wenn es ein Kunst- und Sachverständiger sei.» Es ist nicht ganz klar, wo das hinaus will; jedenfalls aber könnte man mit dem gleichen Rechte, wie man diese macht, noch beliebige andere Ausnahmen machen, wenn sie eben gerade billig scheinen würden; aber das ist und wäre nichts Anderes, als ein ganz willkürliches Ersinnen und Erdichten von Ausnah-

---

1) *Lex* 10, 27 §. 1 *Cod. de usuris* (4. 32.)

2) *Commentar. Bd. IV. pag.* 448 *u.* 449.

men, wozu das Gesetz Justinians nicht die geringste Berechtigung gibt.

Alle diese von Cujacius und Glück aufgestellten Ausnahmen haben aber noch das Gemeinsame, dass sie sich auf das frühere Recht, auf Pandektenfragmente stützen. Nun ist es aber doch wahrhaftig eine unzulässige, ganz verkehrte Manier, ein späteres Gesetz, das ausdrücklich gegen frühere Gesetze gerichtet ist und sie modifiziren soll — wie diess ja bei der Constitution Justinians der Fall ist — durch eben diese gleichen, früheren Gesetze wieder zu modifiziren und zu beschränken oder gar ihren Inhalt ganz einfach in der Gestalt von Ausnahmen an die Stelle des späteren zu setzen.

Hänel [1]) und Wening-Ingenheim [2]) endlich machen darauf aufmerksam, dass in den in *Lex 13 p. 1 u. 2 Dig. de act. E. V.* erwähnten Fällen die Beschränkung Justinians nicht zur Anwendung komme; »denn es sei da nicht von einer nicht geleisteten, sondern von einer durch die geleistete, beschädigten Sache die Rede.» Die Thatsache ist richtig; aber was soll das? — Das ist ganz gleichgültig. Der Ersatz des Schadens wird in allen jenen Fällen mit der Contraktsfrage *ex emto* gefordert und dass diess allein massgebend ist und allein den Ausschlag gibt, habe ich gleich oben gezeigt. So ist also keine einzige dieser Ausnahmen haltbar. Billig freilich, der Meinung bin ich mit Donellus und Glück, sind sie wohl; aber dann sind nicht bloss diese

---

[1]) Schadenersatz §. 86 pag. 104.

[2]) Schadenersatz §. 177 pag. 291. 6.

Ausnahmen billig, sondern man müsste billigerweise noch in manchen andern Fällen oder vollends in allen, bei welchen das Gesetz Justinians zur Anwendung käme, eine Ausnahme machen. Man fühlte die plumpe Willkühr und Ungerechtigkeit der justinianischen Bestimmung und wollte dieselbe in der Anwendung durch eine Reihe billiger Ausnahmen sachte umgehen oder neutralisiren. — Aber warum will man denn nicht offen zu Werke gehen? Ist es nicht weit redlicher und besser, geradezu zu sagen:

Das Gesetz Justinians ist ein schlechtes gesetzgeberisches Produkt eines wissenschaftlich verkommenen Zeitalters; daraus folgt, dass eine geistig rüstigere Zeit sich an dasselbe nicht zu halten braucht; dass die Wissenschaft dasselbe in seinem Nichts zu zeigen und eine gesunde und gerechte Praxis dasselbe gänzlich zu ignoriren hat — es müsste denn sein, dass Wissenschaft und Praxis an eine einmal positiv gewordene Unvernunft gebannt wären. Aber

In his, quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris. Julian. Lex 15 *Dig. de leg. senatusque consultis* (1. 3).

Und in der That, man darf um so eher, ohne Besorgniss dadurch entstehender Rechtsunsicherheit und Willkühr, so verfahren, als die Constitution Justinians selbst, trotz ihrer marktschreierischen Versprechungen, zum grossen Theile doch auf das «leidige» alte Recht hat verweisen müssen und nur für die *casus certi* eine neue Regel einführte. Mit Bezug auf diese aber, wie auf die *casus incerti*, oder, um diese Begriffe zu verlassen, mit Bezug auf den Charakter und das Mass des zur Vergütung kommenden Interesse finden wir bei einigem Nachdenken und einiger Beobach-

tung des Lebens für alle Fälle völlig befriedigende Auskunft und Anleitung in dem Pandektenrecht, das nirgends extrem ist, weder zu Gunsten des Klägers, noch des Beklagten, und nirgends mit seiner feinen Casuistik mit den Forderungen der Billigkeit und des Rechts in Conflikt geräth.

So fasse ich die Sache auf. Mir wenigstens wäre es bei allem Nachdenken und mit dem besten Willen nicht möglich, aus dem Gesetze Justinians und vornemlich aus dem ersten Theile desselben über die *casus certi* etwas Ordentliches und für den Verkehr Befriedigendes zu machen; und wenn es wahr ist, was ich in einer Note in Wening-Ingenheim (pag. 290) gelesen habe, dass Giphanius 13 verschiedene Ansichten über jenes Gesetz aufgezählt und gekannt habe, so beweist das allerdings, dass man schon viel aus dem Gesetze gemacht oder hat machen wollen, aber ebenso, dass man noch nie etwas Rechtes daraus hat machen können, und ich werde in meiner Auffassung nur bestärkt. —

§. 9.

Prüfung abweichender Ansichten.

So wäre also das Codexrecht beseitigt und wir wären mithin für unsere Lehre lediglich aufs Pandektenrecht verwiesen. Wie sie sich darnach gestalte, ist oben, namentlich in den §§. 5 und 6, bereits gezeigt. Die Wahrheit ergab sich als eine sehr einfache, ich möchte sagen, triviale. — Aber freilich fehlt es nun eben viel, dass die vorzüglichsten Bearbeiter dieser Lehre zu jenem einfachen, ausnahmslosen Resultate gekommen wären. Man hat, weil

man mehr auf einzelne Worte, nicht auf die Gesammtheit der Beispiele und den Gang des Lebens schaute, Gleichartiges getrennt, Unterschiede aufgestellt, Theorien erfunden, von denen die Quellen nicht ein Jota sagen, Ausnahmen gemacht, denen alle innere Begründung fehlt. Und wirklich lag das einigermassen Schwierige meiner Aufgabe nicht sowohl darin, aus den Quellen selbst die sehr einfache Wahrheit zu finden, als vielmehr diese einfache Wahrheit durch die vielen, verschiedenen, alten und neuen Irrthümer, die in unserer Lehre vorkommen, und die von Manchem mit vielem Scheine von Wahrheit und nicht geringer Gewandtheit vertheidigt werden, hindurch festzuhalten, und diese Irrthümer im Interesse einer sicheren Praxis eben als Irrthümer zu erkennen und zu behandeln. Es bleibt mir nun eben noch übrig, die hauptsächlichsten abweichenden Meinungen kurz anzuführen und zu widerlegen. Dadurch wird auch zugleich die beste Probe geleistet für die Richtigkeit der oben aufgestellten einfachen Theorie. Ich schicke dabei noch die Bemerkung voraus, dass die nun anzuführenden abweichenden Meinungen und Irrthümer in ihrer nüancirten Verschiedenheit alle hauptsächlich nur durch ein paar Stellen veranlasst sind: ***Lex* 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.*; *Lex ult. Dig. de peric. et commod.***; und ***Lex* 2 §. 8 *Dig. de eo, quod certo loco.*** Diese Stellen, die nach meiner Anschauung lauter Fälle enthalten, die im Verkehre häufig vorkommen, gewöhnlich sind und insofern einen gleichartigen Charakter an sich tragen, werden von den Meisten als sich widersprechende oder im Gegensatz zu einander stehende betrachtet und es wird aus ihnen für die Praxis entweder ein Dualismus geschaffen mit gleich berechtigten

Gegensätzen, oder die eine Stelle wird zur andern in das Verhältniss der Regel zur Ausnahme und der Ausnahme zur Regel gestellt, wobei es sich dann sonderlich macht, dass der Eine in der einen Stelle die Ausnahme sieht, aus der der Andere die Regel herleitet und umgekehrt.

Bartolus stützt seine Theorie vornemlich auf *Lex* 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.*; *Lex* 2 §. 8 *Dig. de eo, quod certo loco;* und *Lex* 3 *Dig. de in lit. jurand.*, und macht nun einen Unterschied zwischen *utilitas, quae circa ipsam rem consistit*, und *util., quae non circ. ips. rem consistit*, oder um seine eigenen technischen Ausdrücke anzuführen, zwischen *utilitas intrinsecus* und *extrinsecus proveniens*, in dem Sinne, dass jenes Interesse ein solches sei, das aus dem Körper der Sache, die das Object der Hauptobligation ausmacht, hervorgehe, mit ihm also in einer physischen Verbindung stehe; oder doch in ihm seinen Grund und seine Bedingung habe. Es seien daher die Früchte (*partus, fructus*) im engeren Sinne, zu dem Interesse zu zählen, oder das Interesse liege auch in dem mittlerweile etwa veränderten Gemeinwerthe der Sache, wie in *Lex* 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.* Die *utilitas extrinsecus* sei dann die, die nicht physisch aus der Sache selbst komme, noch in ihr liege, sondern die mehr als eine von Aussen kommende, nur gelegentlich etwa an die Sache geknüpfte erscheine (*non ex ipsa re, sed occasione rei procedens*). Jenes Interesse ist nun, nach der Ansicht des Bartolus, im Grunde allein als das indirekte oder schlechthin als Interesse aufzufassen und das wird in der Regel allein vergütet, während die *utilitas extrinsecus* nur ausnahmsweise, in den Fällen vergütet wird, wo der Natur der Sache nach eine *utilitas intrinsecus* nicht

gedacht werden kann, wie bei den Geldschulden, oder beim Gelde; da kommt eine *utilitas intrinsecus proveniens* nicht vor; denn Zinse sind keine Früchte im engern Sinne und gehören auch ohnehin nicht zu dem (indirekten) Interesse, und von einem erhöhten Gemeinwerthe kann auch keine Rede sein, *quum certa sit numorum aestimatio*[1]; *decem semper decem.* Hier kann also die *utilitas* stets nur *extrinsecus* sein oder *quae non circa rem consistit*; und man hat also hier nur die Wahl, entweder der Regel nach, diess Interesse überhaupt nicht zur Vergütung kommen zu lassen; oder aber, da diess zu hart und ungerecht wäre, ausnahmsweise und durch die Natur der Sache gezwungen, auch das Interesse *extrinsecus procedens* zu berücksichtigen. Auf diese Weise bringt denn Bartolus die *Lex* 2 §. 8 *Dig. de eo, quod certo loco* glücklich unter Dach, wornach also nur ausnahmsweise Conventionalstrafen etc. (vid. oben § 6 pag. 21) als *utilitates extrinsecus provenientes* vergütet werden müssen[2]. Es geht aus dem Referate des Alciat nicht mit klarer Bestimmtheit hervor, ob Bartolus bei seiner Ausnahme ausschliesslich Geldgeschäfte in's Auge gefasst habe, oder ob er auch noch an andere Fälle (vid. §. 6), bei denen eben auch kein *interesse intrinsecus*, wie er es auffasst, vorkommen kann, gedacht habe; es muss aber wohl das Erstere angenommen werden; denn sonst würde sich die Ausnahme in die Regel verwandeln, da nach den Quellen die Fälle, in denen eine *util. extrins. proced.* zum Ersatze

---

1) *Lex* 5 *de in lit. jurand.* (12. 3).

2) Alciat. a. a. O. cap. VII. VIII. initio, IX. §. 4.

kommt, mindestens ebenso häufig, oder, man kann mit Recht sagen, viel häufiger sind, als die andern, wo bloss das karge Interesse, *quod intrinsecus procedit*, berücksichtigt wird.

Wie steht es nun aber mit dem Raisonnement des Bartolus? An den Buchstaben sich haltend, ist es so einseitig und so beschränkt wie dieser. Was müsste man darnach aus vielen der in §. 6 angeführten Beispielen machen, bei welchen weder von einer körperlichen Frucht, noch von einem veränderten Gemeinwerth der Sache — noch von einem Geldgeschäft die Rede ist? Was müsste man z. B. machen aus der *Lex* 8 *Dig. de evict. et dupl. stip.*? (Verlust einer Erbschaft wegen Eviction des Sklaven.) Etwa von einem durch die Erbschaft erhöhten Gemeinwerth des Sklaven reden? Das geht nicht. Der Sklave selbst ist dadurch an sich keinen Sesterz mehr werth, und dieses Verfahren wäre auch nach den Quellen unzulässig; die Römer hielten das Interesse und den eigentlichen, wahren Gemeinwerth durchaus auseinander[1]). Aber auch wenn diese Auffassung thunlich wäre, immerhin bliebe noch eine Anzahl Fälle übrig, bei welchen man auch damit nicht auskäme (vid. §. 6. pag. 29 not. 2, 3, 4. pag. 32 not. 3 und pag. 33 not.).

Der Meinung des Bartolus fehlt es aber an jeder Bestimmtheit und Sicherheit eines Princips. Das eine Mal müsste ein Beschädigter sich mit der spärlichsten Vergütung

---

[1]) *Lex* 1 *p. Dig. de act. E. V.* (19. 1); *Lex* 43 *v. fin. Dig. eod. titulo; Lex* 9 §. 8; *Lex* 11 *p. Dig. ad exhib.* (10 4); *Lex* 6 *Dig. de vi et vi armat.* (43. 16).

zufrieden stellen lassen; ein ander Mal würde ihm der Ersatz ungleich reichlicher fliessen.

Alciatus[1]) schlägt nun das andere Extrem ein, und was Bartolus als Ausnahme ansah, stellt er als Regel auf und die Regel des Bartolus macht er zur Ausnahme. Er will, hauptsächlich gestützt auf die schon oft erwähnte *Lex* 2 §. 8 *Dig. de eo, quod certo loco*, kurzweg allen Schaden, der in irgend einem, auch weiten Zusammenhange mit dem rechtswidrigen Benehmen des Dritten steht oder in einem solchen stehend sich denken lässt, zur Vergütung kommen lassen; die *utilitas, quae non circa ipsam rem consistit* oder *extrinsecus procedens*, im allerweitesten Sinne und nicht bloss auf Geldgeschäfte beschränkt. Die oben (§. 5 pag. 23) aufgestellte zweite Eigenschaft eines Schadens, der zur Vergütung kommen soll, wird bei ihm gar nicht berücksichtigt. Er lässt auch einen solchen Schaden, wie das Verhungern von Sklaven oder Vieh ist, wegen nicht, oder nicht zu rechter Zeit abgelieferten Getreides, in der Regel vergüten. Und wie findet sich denn Alciat mit der *Lex* 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.* und *Lex ult. Dig. de peric. et commod.* ab? Hier, beim Kaufe, nimmt er eine Ausnahme an, und zwar in der Weise, dass er die erstere Stelle durch die letztere begründet. Er sagt, die in der *Lex* 21 §. 3 *cit.* erwähnten Qualitäten von Schaden, Interesse (Verhungern der Sklaven; Handelsspeculation mit gekauftem Wein) würden desshalb nicht berücksichtigt, weil der mit Bezug auf die Bezahlung des Kaufpreises sich *in mora* befindende Käufer dem Verkäufer auch

---

[1]) a. a. O. cap. IX. §. 1—7 namentlich 1, 6 u. 7.

nur die gesetzlichen Verzugszinsen zu bezahlen angewiesen sei nach *Lex ult. de peric. et commod.*, ohne dass von einem weiteren Interesse die Rede sei. Damit also Rechtsgleichheit (*simile jus*) zwischen beiden herrsche, sei auch die Leistung des Verkäufers an den Käufer eine so beschränkte; er müsse diesem nur das *int. intrins. prov.*, in dessen Definition Alciat übrigens mit Bartolus einig geht[1], prästiren; denn das *int. extrins. prov.* würde die durch das gesetzliche Mass der Verzugszinsen bemessene Leistung des Käufers übersteigen. – So wird Alciat mit den Quellen fertig. Ist das nun richtig? Kaum.

Offenbar dreht sich Alciat bei seiner Ausnahme im Kreise herum. So gut er die *Lex ult. cit.* zur Begründung der *Lex* 21 §. 3 *cit.* gebraucht, gerade so gut könnte er jene mit dieser begründen, wie diess denn auch wirklich Voet[2] thut. Alciat begründet die Ausnahme durch die Ausnahme. Was er beweisen will, nimmt er zugleich als Grund an. Das ist der logische Fehler des Alciat. Von jenen Stellen steht aber in der That keine zur andern in dem Verhältnisse des Grundes zur Folge; sie begründen sich nicht; sondern sie sind coordinirt, stehen neben einander, sie ergänzen sich, bestärken sich, indem jede für sich, selbstständig die gleiche allgemeine Wahrheit enthält, die ich oben im §. 5 entwickelt habe.

Das ist der eine Einwand gegen Alciat.

---

[1]) a. a. O. cap. VII. §. 3: *Ipse in Bartoli sententiam, quae communiter probatur, pedibus vado.*

[2]) *Commentarius ad Pandectas Lib.* 19 *tit.* 1 §. 20 *de act. E. V. tom. I. pag.* 664.

Aber, und damit komme ich zum zweiten, hätte es denn wirklich mit der angeblichen Rechtsgleichheit zwischen Käufer und Verkäufer, von der Alciat spricht, so seine völlige Richtigkeit?

Ich will davon absehen, ob Alciat die *Lex ult. de peric. et commod.* völlig richtig aufgefasst habe oder nicht; ich will nicht mehr hervorheben (vid. pag. 22), dass diese Stelle auch dem formellen Buchstaben nach (*non omne omnino quod venditor consequi potuit*) noch nicht das sagt, was Alciat will, dass nämlich absolut, für alle Fälle die Leistung des Käufers an den Verkäufer wegen *mora pretii solvendi* sich nur auf die Verzugszinsen beschränke, sondern dass diess nur dann der Fall sei, wenn der Verkäufer ein eigentliches Interesse, einen durch die *mora* des Käufers verursachten Schaden mit den im §. 5 angegebenen Eigenschaften nicht nachweisen kann — ein Fall, der allerdings bei verzögerter Bezahlung einer Geldschuld der häufigste ist — ich will, sage ich, annehmen, dass der Käufer nur die gesetzlichen Verzugszinsen zahlen müsse, in allen Fällen, — so habe ich oben (pag. 23) bereits gesagt und aus der Natur der Sache und aus den Quellen nachgewiesen, dass die Verzugszinsen nicht aus dem Gesichtspunkt eines Aequivalents für einen allfällig entgangenen Gewinn, also nicht als eigentliches Interesse aufzufassen seien, sondern als eine selbstständige und gewissermassen poenale Folge der *mora*. Ihre Leistung ist ganz unabhängig von der Frage eines eingetretenen Schadens oder Gewinns. Daraus ergibt sich denn von selbst, dass die Verzugszinsen durchaus keinen Massstab abgeben können für die Leistung des Interesse, und mit Rücksicht auf die Ausnahme des Alciat, für die an den

Käufer zu machende Leistung des Verkäufers, die in *Lex* 21 §. 3 *cit.* eben das Interesse begreift. Alciat misst seine Rechtsgleichheit nach einem unzulässigen Masse. Das zeigt sich, wie *in thesi*, so auch in concreter Anwendung ganz klar. Die auf das Interesse gerichtete Leistung des Verkäufers kann auch nach *Lex* 21 § 3, und auch wenn man die *utilitas, quae circa ipsam rem consistit* oder *intrinsecus proveniens* in der Beschränkung des Bartolus und Alciat (*partus, fructus*, veränderter Gemeinwerth) auffasst, viel weniger betragen, als die gesetzlichen Verzugszinsen betragen würden, wenn man das geschuldete Objekt zu Geld anschlüge: aber umgekehrt lässt es sich ebensogut denken, und das wird wohl meistens der Fall sein, dass jenes Interesse oft um ein Vielfaches dieses Mass übersteigt. In jenem Falle hätten wir dann eine Rechtsungleichheit zu Gunsten des Verkäufers; in diesem eine zu Gunsten des Käufers. Mit der Rechtsgleichheit des Alciat ist es also Nichts [1]). Wo sie einmal zuträfe, da wäre lediglich ein ausserordentlicher Zufall im Spiele.

Ein dritter, und wie mir scheint gar nicht unwichtiger Einwand gegen Alciat besteht meines Erachtens auch darin, dass man sich's gar nicht erklären könnte, wie gerade beim Kaufe, der doch vorzugsweise zu den Rechtsgeschäften gehört, deren Klage eine *bonae fidei actio* ist, die ge-

---

[1]) Donellus a. a. O. cap. 23 §. 11 macht auch auf diesen Punkt aufmerksam, aber seine Widerlegung scheint mir etwas hinkend, was daher rührt, dass er selbst im Laufe der Widerlegung unvermerkt die reine Natur und den Begriff der Verzugszinsen nicht mehr scharf festhält.

genseitigen Ansprüche so sehr beschnitten sein sollten, während bei den *stricti juris actiones* das Interesse in einem viel weiteren Umfang[1]), und nach Alciat ja im allerweitesten, bis zum Extrem getriebenen Umfang, zur Sprache kommt.

So muss also die Ausnahme Alciats aufgegeben werden; mit der Ausnahme fällt aber auch unrettbar die Regel.

Cujacius[2]) und Voet[3]) stellen, wenn auch nicht mit den gleichen Worten, doch dem Sinne nach im Ganzen die im §. 5 entwickelte Regel auf: Es komme nur die *utilitas, quae circa ipsam rem consistat* zur Vergütung; diese fassen sie aber nicht so enge, so roh körperlich auf, wie Bartolus und Alciat, sondern sie verstehen darunter in einem weiteren Sinne *id, quod ex re ipsa manat et proficiscitur, veluti fructus medio tempore percepti aut percipiendi, et ac-*

---

[1]) Dass bei vielen dieser Klagen je nach der *certa* oder *incerta intentio* oder *condemnatio* das Interesse prästirt werden musste, muss gegen Puchta (Instit. Bd. II. §. 165 not. r) entschieden behauptet werden und steht nach den Quellen ganz fest. *Lex* 114 *Dig. de verb. oblig.* (45. 1). *Si fundum certo die praestari stipulor, et per promissorem steterit, quominus eo die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit, moram factam non esse.* Die Klage in diesem Falle war die *condictio triticaria*, und alle Condictionen waren bekanntlich *stricti juris actiones. cf. Voet. Commt. Lib.* 13 *tit.* 3. §. 3. *Cujac. tractatus ad Africanum VIII. tom. I. p.* 1297 *A.*, hauptsächlich aber Savigny System Bd. V. pag. 138—144, und 613—617.

[2]) *Tract. ad Afric. pag.* 1296 u. 1297.

[3]) *Commt. lib.* 19 *tit.* 1 §. 20 *de act. E. V.* u. *lib.* 45 *tit.* 1 §. 9.

quisitiones servorum et id, quo pluris hodie res est; id, quod re vera abest, vel adest, quod rei cohaeret, quod rem comitatur, et, ut Graeci interpretantur, τὸ ὂν διαφέρον ἐξ αυτῶν τῶν πραγμάτων. Nach dieser Definition wären sie also wohl mit allen den in §. 6 angeführten Beispielen einverstanden, wenn sie auch manche derselben nicht erwähnen. — Aber an einer Stelle haben sie Anstoss genommen, an der *Lex* 2 §. 8 *Dig. de eo, quod certo loco.* Die in dieser Stelle angeführten Arten von Schaden (Verfallen in eine Conventionalstrafe wegen der *mora* eines Schuldners, Pfandverkauf, verhinderter Handelsgewinn) müsse man, meinen sie, nach *Lex* 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.* auch als solche betrachten, *quae non circa ipsam rem consistunt*, so gut wie den in der letzteren Stelle beispielsweise erwähnten, in dem Verhungern der Sklaveu bestehenden Schaden. Wenn nun aber dennoch, abweichend von *Lex* 21 §. 3 *cit.*, auch ein solcher Schaden vergütet werde, so sei diese Ausnahme lediglich zu Gunsten der *pecunia trajectitia* (*nautica*), die an einem bestimmten Orte zurückbezahlt hätte werden sollen (*negotiationis gratia* setzt Voet überflüssiger Weise hinzu) eingeführt. Darum werde aber ein solcher Schaden bei der *pec. traj.* vergütet, weil für dieses Darlehen eben die sonst bestehenden Zinsbeschränkungen nicht existirten, also dasselbe überhaupt privilegirt sei [1]. In den Fällen also, wo nicht, wie

[1]) *Quia nautica pecunia modum non habet ullum, non servat modum dupli, modum non petendae vel arcessendae extra rem allegationis ejus quod interest: atque ideo compendium, quod ex negotiatione creditor nauticae pecuniae facere potuit, si eo loco, de quo convenit, soluta pecunia fuisset, imputat debitori, atque*

in der *Lex* 2 §. 8 *cit.*, eine *pec. traj.* vorläge, müssten nach dieser Ansicht die in dieser Stelle bezeichneten Vermögensnachtheile nicht ersetzt werden. — Gewiss wäre diese Anschauung für die Praxis von Bedeutung; sie griffe in dieselbe sehr bedeutend ein. Ist sie aber richtig?

Vorerst kann man gewiss kaum begreifen, wie gerade die in *Lex* 2 §. 8 *cit.* enthaltenen Fälle von Schaden, die so gewöhnliche und so leicht erklärliche Erscheinungen des Verkehrs sind, dazu kommen, als etwas Aussergewöhnliches, Ausserordentliches (*extrarium damnum*, *compendium*) angesehen zu werden, die man ganz auf die gleiche Stelle stellt mit dem in *Lex* 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.* erwähnten Beispiele, betreffend das Verhungern der Sklaven, einem Falle, der, aus dem dort angegebenen Grunde, wohl nie eintritt, und wenn er eintritt, zum allerkleinsten Theile darin seine Erklärung findet. Ich habe mich darüber schon ausgesprochen (vid. pag. 24 u. 25). Wenn man die Erbschaft, die einem getödteten Sklaven angefallen wäre, oder die der Herr wegen der Eviction des Sklaven eingebüsst, vergüten lässt — und dafür sind Cujacius und Voet ganz bestimmt — so ist es wirklich sonderbar, den Fall, wenn Einer wegen der *mora* seines Schuldners, seinem Gläubiger gegenüber in eine Conventionalstrafe verfällt, oder wenn ihm desshalb seine Pfände (um einen Spottpreis) verkauft werden, Fälle, die ganz gewiss mindestens ebenso häufig eintreffen, als jener Fall sich ereignet, als etwas Ungewöhn-

---

etiam damnum, quod advenit extrinsecus, ut si ob non solutam condicto loco, pecuniam, inciderit poenam vel pignora distracta et cet. Cujacius.

liches oder mit der geschuldeten Sache weniger in einem Zuhammenhange stehend, als jenes indirekte Interesse, zu betrachten und bei einer Schadenersatzforderung nicht zu berücksichtigen, oder eben nur ausnahmsweise, in einem einzelnen bestimmten Falle.

Die Richtigkeit dieses allgemeinen Einwandes wird nun aber auch vollständig bestätigt durch die unrichtigen Consequenzen, zu denen die beiden genannten Schriftsteller ihre Ansicht geführt hat; ich meine, durch die fehlerhafte Art und Weise, wie sie sich nun doch die Vergütung der angeblich in *Lex* 2 §. 8 *cit.* vorkommenden Arten von Schaden, *quae non circa ipsam rem consistunt*, erklären zu müssen glauben. Als Grund dieser Vergütung führen sie, wie wir gesehen haben, an die *pec. traj.*, für welche die sonstigen gesetzlichen Zinsbeschränkungen nicht gelten und mit Bezug auf welche demnach auch die Prästation des Interesse an das gewöhnliche, regelmässige Mass nicht gebunden sei.

In der *Lex p. Dig. ad Leg. Aquil.* ist gesagt, dass, wenn Jemandem ein Sklave getödtet worden sei, den der Herr einem Dritten unter einer Conventionalstrafe zu tradiren versprochen habe, diese Conventionalstrafe zu der zu vergütenden *utilitas* gehöre [1]). Wo ist hier die *pec. trajec.*? In der That hat dieses Darlehen für unsere Frage gar keine besondere Bedeutung und ich finde auch nicht, dass der Jurist darauf irgend ein besonderes Gewicht gelegt habe. Da er als Zahlungsort gerade Ephesus meint, wie in der

---

[1]) ***Proinde si servum vendidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium*, und zwar wie oben bemerkt (pag. 34) als ein civiler Anspruch.**

ganzen Stelle Ephesus und Capua mit einander abwechseln, so dachte er sich zugleich das Darlehn als eine *pec. traj.*, indem dieses Darlehn wohl beim Gelde, das der Debitor über See nahm, das gewöhnliche, obwohl nicht sich von selbst verstehende, war; aber wie gesagt, er legt darauf gar keinen Nachdruck, sondern die Hauptsache in der Stelle ist die Verabredung eines gewissen Zahlungsortes.

Es ist aber auch bei diesem Darlehen ganz unzulässig, von den Zinsen einen Schluss auf die Prästation des Interesse zu machen. Ueber die Verzugszinsen habe ich schon geredet; und was die Zinsen betrifft, die als Aequivalent für die Benutzung eines Capitals gegeben werden — was haben sie auch gemein mit dem Interesse, von dem in *Lex* 2 §. 8 *cit.* die Rede ist, oder von dem überhaupt bisher gesprochen wurde? Nichts. Und das gilt für die *traj. pec.* sowohl, wie für das gewöhnliche Darlehen. Dass dort ein höherer Zinsfuss eingeführt und erlaubt ist (er ist übrigens 12 %[1]), nicht wie Cujacius meint, ein durchaus an kein Mass gebundener; diess war nur in früherer Zeit der Fall) rührt lediglich daher, dass bei diesem Darlehen in anormaler Weise der Creditor die Gefahr des Unterganges der Sache, die Seegefahr trägt – ein dunkler Anklang an den den heutigen Assekuranzverträgen zu Grunde liegenden Gedanken. Bei der *traj. pec.* ist der Creditor gewissermassen auch der Versicherer; der Debitor der Versicherte. — Die Prästation des Interesse hat aber wieder ihren eigenen,

[1]) *Lex* 26 §. 1 *Cod. de usuris* (4. 32).

selbstständigen Grund, ganz unabhängig von der Zinsobligation. Die Zinsen können gefordert werden und das Interesse noch dazu. So ist also die Auffassung der *Lex* §. 8 *cit.* von Seiten des Cujacius und Voet eine durchaus unrichtige und quellenwidrige.

Aber vielleicht ist Donellus, dem jene Stelle ebenfalls nicht recht lag, und der sie nicht als eine unter die Regel fallende und mit anderen Stellen in Uebereinstimmung stehende betrachtete, glücklicher gewesen in der Erklärung und Begründung seiner Ausnahme? Er raisonnirt so:

Das Interesse, *quod circa ipsam rem consistat*, sei das, welches erstens ein sicheres sei; übereinstimmend also mit der ersten Eigenschaft, die ich in §. 5 für das zu vergütende Interesse aufgestellt habe; zweitens aber gehöre noch dazu — und diese Eigenschaft ist bedeutend enger, nicht so umfassend, als das zweite von mir festgestellte Attribut — dass der Schaden oder der Gewinn nur von der gerade geschuldeten oder beschädigten (Haupt-) Sache, und von keiner andern, abhängig und durch sie bedingt sei[1]). Nur dieses Interesse komme nun zur Vergütung, und er führt davon mehrere Beispiele an aus dem Titel der *Leg. Aq.*[2]), die auch oben in §. 6 vorkommen. Wo aber jene Eigenschaften nicht eintreffen, da sei eine *utilitas non circa rem consist.* anzunehmen und diese werde bei einer Schadener-

---

[1]) *In quo haec duo sint: ut et haberi certo potuerit et potuerit ex eo solo, quod praestandum erat, non aliunde. cap.* 23. § 2 *cf.* §. 7.

[2]) Im §. 5 und überhaupt im Cap. 23.

satzklage nicht berücksichtigt. Beispiele hievon seien die in *Lex* 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.* (Verhungern der Sklaven) und eben auch die in *Lex* 2 §. 8 *cit.* erwähnten Vermögensnachtheile, die Donellus alle ganz auf die gleiche Linie stellt; denn, sagt er, die in diesen beiden Stellen erwähnten Arten von Interesse hätten nicht gerade nur mit den verabredungswidrig nicht gelieferten oder tradirten (fungiblen) Sachen (Geld, Getreide) cohärirt, sondern der Schaden hätte ebensogut abgewendet und der Gewinn ebensogut gemacht werden können auch mit einem beliebigen andern Quantum Getreide oder mit anderem Gelde, als mit dem gerade von dem Debitor dem Geschädigten versprochenen und von diesem bestimmt erwarteten. Nicht, weil der Käufer oder Creditor das gerade versprochene Getreide oder Geld nicht erhielte, sondern weil sie überhaupt kein anderes hatten, darum seien ihnen jene Nachtheile erwachsen [3]. — Aber, wenn nun in jenen beiden Stellen von Arten des Interesse die Rede ist, *quae non c. ips. rem consist.* und demnach nicht vergütet werden, wie lassen sich denn beide, nach deren einer ein solcher Schaden allerdings ausdrücklich von der Vergütung ausgeschlossen wird, nach deren anderer aber er ebenso ausdrücklich vergütet werden soll, mit einander vereinigen? Wie löst sich dieser Widerspruch? — Ganz gut. Es ist gar kein Widerspruch vorhanden: Die Regel bleibt stehen, dass nur allein das *interesse c. ips. rem consist.* vergütet werde; das andere aber durchaus nicht; aber diese Regel enthält nicht etwa einen absoluten, zwingenden Rechts-

[3]) Vide die feine und gewandte Rhetorik in §. 7 cap. 23.

satz (*jus cogens*), sondern es kann eben durch den Privatwillen, durch einen Contrakt etwas Anderes verabredet werden, nämlich, dass auch die *utilitas extra rem consist.* vergütet werden solle, und in Folge eines solchen Contraktes, einer solchen Nebenverabredung muss nun in der *Lex* 2 §. 8 *cit.* die *utilitas ext. rem. consist.* ersetzt werden. Dieser Contrakt, diese Nebenverabredung auf eine so weit gehende, exceptionelle Prästation liegt eben ganz bestimmt darin, wenn für die Zahlung oder überhaupt für die geschuldete Leistung in einem Vertrage oder in einer Stipulation namentlich eine Zeitbestimmung (*Lex* 4 *Dig. de eo, quod certo loco*) oder Ortsbestimmung (*Lex* 2 §. 8 *eod.*) gegeben ist oder auch wenn eine dritte bestimmte Person *solvendi caussa* beigefügt ist (*Lex* 118 §. *ult. de verb. oblg.*), also kurz, wenn eine *adjectio temporis, loci, personae* vorkommt. So Donellus [1]). Man muss bekennen, diese Theorie hat ihre Feinheiten. Dem Donellus ist dann so ziemlich Wening-Ingenheim [2]) gefolgt, oder er theilt wenigstens, ich weiss nicht ob auf Vorgang des Donellus hin, dessen Auffassung hinsichtlich der *Lex* 2 §. 8 *cit.* und der andern zu Ende der vorigen Seite erwähnten Stellen (*Lex* 4 *Dig. de eo, quod certo loco. Lex* 118 *de verb. oblig.*), wenn er auch die Definition der *utilitas circa ips. rem consist.* und *extra rem consist.* etwas anders und freier gibt [3]) und ich kann sagen, dem Wesen nach (im Grunde) auf die obige in §. 5 gegebene Darstel-

---

1) §§. 12 u. 13 cap. 23 pag. 216—221.

2) Schadenersatz §. 173 pag. 284.

3) §. 9 pag. 40 §§. 172, 173, 174, pag. 281—286.

lung hinauslaufend. Aber trotzdem ist auch er in Versuchung gekommen, die *Lex* 2 §. 8 *cit.* als etwas Besonderes, als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten, und aus dem Widerspruche, in den er dann, wie die andern geräth, hilft er sich, wie gesagt, ganz auf die gleiche Weise, wie Donellus. Auch er schreibt der *adjectio temporis*, *loci*, *personae* die Bedeutung eines auf die exceptionelle Vergütung der in den erwähnten Stellen enthalten sein sollenden *utilitas nōn circa ips. rem consistens* gehenden Verabredung zu.

Was ist nun auf diese Ansichten zu erwiedern? Zuerst im Allgemeinen gegen Donellus. Dass sich die betreffenden Creditoren in *Lex* 21 §. 3 u. *Lex* 2. §. 8 *cit.* auch noch mit anderem Gelde oder Getreide hätten helfen können, als mit dem gerade ihnen in Folge eines individuellen Rechtsgeschäftes geschuldeten und versprochenen, kann man unbedenklich zugeben; aber darauf kommt, auf der einen Seite, auch gar nichts an; genug, dass der Debitor seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen und dass desshalb dem Creditor Schaden erwachsen ist. Hätte jener gehörig erfüllt, worauf der Creditor zu hoffen vollkommen berechtigt war, so wäre der Schaden nicht entstanden. Daraus ergibt sich denn von selbst, dass man bei der Definition der *utilitas circa rem consist.* und *extra rem consist.* nicht auf jenen Umstand, der für Donellus den Ausschlag gibt, abstellen kann. Seine Definition ist eine offenbar zu enge, zu befangene, was eben daher kommt, dass er in der *Lex* 2 §. 8 *cit.* eine Ausnahme von der Regel erkennen zu müssen glaubte, oder, um mich passender auszudrücken, weil er sonderbarer Weise meinte, die in dieser Stelle enthaltenen

6

Fälle nicht mit denen, die er selbst als *utilitas circa rem consist.* anführt, gleich stellen zu müssen, während sich doch eine innerliche Verschiedenheit schwer begreifen lässt. Auf der andern Seite aber muss bemerkt werden, dass denn doch die in der *Lex* 21 §. 3 *cit.* und *Lex* 2 §. 8 *cit.* erwähnten Fälle (Verhungern der Sklaven und Conventionalstrafe, Versteigerung meiner Pfänder etc.), die Donellus alle gleich behandelte und behandeln musste, ihrer inneren Natur, ihrem Causalverhältniss nach, nach ihrem Erscheinen und Vorkommen im Leben und im Verkehr, sehr verschieden sind. Ich verweise auf früher Gesagtes.

Die allgemeine Bemerkung, die ich gegen Wening-Ingenheim zu machen habe, ist kurz die, dass man, wie ich bereits angedeutet, nicht begreift, wie er bei seinen freieren Definitionen der Hauptbegriffe auch zu der sonderbaren Auffassung der *Lex* 2 §. 8 *cit.* als einer Ausnahme gekommen ist.

Aber wie steht es denn im besondern mit dem Vertrage, wodurch die beiden Schriftsteller die in der *lex* 2 §. 8 *cit.* und in noch einigen mit ihr verwandten Stellen vorgeschriebene Vergütung der *utilit. extra rem consist.* begründen wollen? — Dieser Grund ist ein ganz unhaltbarer.

Ist es vorerst nicht allzu gewagt, einer solchen blossen Orts- oder Zeitbestimmung eine so weitgehende Bedeutung zu geben, dass damit die Contrahenten für den einzelnen Fall eine allfällig tief in ihre Oekonomie eingreifende Ausnahme von einer sonst allgemein geltenden Rechtsregel fesstellen wollten? Wäre das in einer so wichtigen Sache nicht eine äusserst mangelhafte und liederliche Willenserklärung? Aber ist denn eine solche nähere Bestimmung nur

etwa zu Gunsten des Creditors vorhanden? Ist sie nicht, ebensogut, ja die römischen Juristen nehmen diess bei der Zeitbestimmung regelmässig an [1]), zu Gunsten und im Interesse des Debitors gemacht? Also gerade das umgekehrte Verhältniss. Und ferner ist nicht bei allen Obligationen (versteht sich aus Rechtsgeschäften) eine Zeitbestimmung gegeben? Diesen Einwand möchte ich sehr betonen. Das muss ja so sein; es muss ein *adjectio temporis* vorkommen. Denn eine gehörige Bestimmtheit, ein ordentliches Gebundensein des Willens gehört schon im allgemeinen zu den unumgänglichen materiellen Erfordernissen einer Obligation. Die Erfüllung darf nicht der Willkühr des Debitors überlassen sein [2]). Wenn etwa in seltenen Fällen eine ausdrückliche Zeitbestimmung fehlt im Vertrage, so hat das entweder nur den Sinn, dass die Erfüllung alle Augenblicke gefordert werden kann (*praesenti die pecunia debetur*) oder die Zeitbestimmung kann durch eine andere Bestimmung (Ortsbestimmung) gegeben sein [3]). Eine Zeitbestimmung ist

---

[1]) *Lex* 41 §. 1 *Dig. de verb. oblig.* (45. 1) *lex* 17 *Dig. de reg. jur, corp.*

[2]) *Lex* 46 §. 2. *Dig. de verb. oblig.* (45. 1): *Si ita stipulatus fuero: quum volueris, quidam inutilem esse stipulationem aiunt; alii ita inutilem, si antequam constituas, morieris; quod verum est.* §. 3. *Illam autem stipulationem: si volueris, dari, inutilem esse constat.* (*Paulus*) *Lex* 17 *Dig. h. tit.*: *Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione* (*conditio* im weiteren Sinne des Wortes).

[3]) *Lex* 41 §. 1 *Dig. h. tit. Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo ille possit perveniri. Lex* 137 §. 2. *Lex* 14 *eod. tit.*



aber immer vorhanden, und muss vorhanden sein, sei diess nun stillschweigend, durch andere concludente Bestimmungen, oder in ausdrücklichen Worten gesagt, welch letzteres freilich in weitaus den meisten Fällen zutrifft. — Es käme also darauf hinaus, dass die Ausnahme des Donellus und Wening-Ingenheims eigentlich die Regel wäre; denn in allen Obligationen (wenn man unter *adjectio temporis* überhaupt eine Zeitbestimmung versteht), oder doch in weitaus den meisten (wenn man darunter nur eine ausdrückliche Zeitbestimmung versteht) käme jener Vertrag auf die Prästation der *util. extra rem consist.* vor.

Noch zwei Bemerkungen. Wie kommen aber Donellus und Wening-Ingenheim dazu, in der *Lex* 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.* nicht eben so gut eine *adjectio temporis* zu finden, als in der *Lex* 4 *Dig. de eo, quod certo loco*; da dort ja ausdrücklich (*vid. fin. §phi*) die Zeit der Tradition festgestellt gewesen zu sein scheint, während in dieser Stelle nur so beiläufig von der *util. temporis* gesprochen wird? Wenn man in dieser Stelle eine (ausdrückliche) *adjectio temporis* annimmt, so muss man das mit mindestens ebenso gutem Rechte auch dort thun. Aber dort wird trotz dieser *adject. temp.*, trotz «diesem Vertrage« also doch die *util. extra rem consist.* nicht vergütet.

Endlich, zur völligen und schlagendsten Entkräftung der bekämpften Ansicht, mache ich noch auf die schon erwähnte *Lex* 22 *p. Dig. ad Lex Aq.* (wegen des Todes eines Sklaven bin ich in eine Conventionalstrafe verfallen, also ein Fall, wie ihn die *Lex* 2 §. 8 *de eo, quod certo loco* erwähnt) aufmerksam. Nach dieser muss die Conventionalstrafe vergütet werden, ohne dass, die Natur der Delicts-

obligation schliesst diess ja aus, irgend eine Orts- oder Zeitbestimmung oder ein ähnlicher «Vertrag» vorgekommen und der Grund davon wäre.

Aehnlich, wie mit der Zeitbestimmung, verhält es sich nun auch mit der Ortsbestimmung. Der unmittelbare Zweck derselben ist nur der, einen andern Ort, als den durch die Rechtssitte gegebenen Ort des Gläubigers für die Zahlung festzusetzen; es kann aber sein, dass schon die Natur eines Rechtsgeschäftes es durchaus mit sich bringt, dass eine Ortsbestimmung gegeben ist. (Bauaccord hinsichtlich eines Gebäudes.). Erfüllt nun der Verpflichtete nicht vertragsmässig, so ist damit freilich eine Klage auf die Vergütung des Interesse, auf Schadenersatz gegeben; aber die Ortsbestimmung und Zeitbestimmung fixiren ganz und gar nicht das Mass, und am allerwenigsten ein exceptionelles Mass dieses Ersatzes; sie bestimmen nicht den Umfang dieser Klage. Das muss man wohl auseinander halten und das haben die beiden Schriftsteller verwechselt. Die Ortsbestimmung macht nur einen Theil des individuellen Vertrages aus; sie gibt ihm mit seinem individuellen Charakter seine concrete Gestalt, wie die Benennung der Subjecte, Objecte etc.; aber als ein gewissermassen vom Hauptvertrag getrennter oder ihm adhärirter Nebenvertrag auf eine ausserordentliche Leistung, die man sonst nicht beanspruchen könnte, darf und kann sie unmöglich aufgefasst werden. Damit ist nun freilich die Möglichkeit und Thunlichkeit einer solchen Verabredung gar nicht geläugnet; nur müsste sie jedenfalls ganz anders gefasst, formulirt sein [1]).

---

[1]) Darauf deutet die *Lex 4 p. Dig. de eo, quod certo loco*

Gemäss dem Gesagten wird man nun auch die *adjectio personae* auffassen müssen.

Glück, auch hier wie sonst ziemlich unsicher und unbestimmt, scheint die Vergütung der in *Lex* 2 §. 8. *Dig. de eo, quod certo loco* erwähnten Arten von Schaden damit zu begründen, dass in dieser Stelle von einem Handelsmanne die Rede sei, der mit der ihm geschuldeten Waare (Geld) an dem bestimmten Zahlungsorte negotiiren wollte; wenigstens mit Bezug auf die Vergütung des *lucrum cessans* stellt er diesen Grund ausdrücklich auf; ob auch hinsichtlich des Ersatzes des dort erwähnten *damnum emergens* ist nicht ganz sicher, da er diess nicht hervorhebt; es muss aber diess doch angenommen werden, denn der Grund, aus dem er die Nichtvergütung des in *Lex* 21 § 3 *Dig. de act. E. V.* bezeichneten Schadens (Sklavenverhungerung) erklärt, dass der Käufer nämlich dort auf andere Weise für den Unterhalt hätte sorgen sollen und können und nicht zu rechter Zeit sich vorgesehen habe, und dass demnach der Schaden in keiner nothwendigen Verbindung stehe mit dem rechtswidrigen Handeln des Dritten, dieser Grund, sage ich, trifft auch bei der *Lex* 2 §. 8 *cit.* zu, und doch wird da ein solcher Schaden vergütet. Ich nehme also an, der Grund von Glück beziehe sich auf alle in der citirten Stelle erwähnten Fälle. — Aber ein Handelsmann als solcher hat da gar keine besonderen Privilegien. Ob Handelsmann oder nicht. darauf kommt gar nichts an an sich. Ist denn nicht

---

hin: *Quodsi Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur, nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus, vel si temporis utilitas intervenit.*

auch in *Lex* 21 §. 3 *cit.* und *Lex ult. Dig. de peric. et commod.* von einem Manne die Rede, der mit den ihm geschuldeten Sachen (Getreide, Wein, Geld) hätte »negotiiren« wollen? Es ist mir unbegreiflich, wie man so oberflächlich raisonniren kann; der »bestimmte Ort allenfalls des Negotiirens» gibt, wie eben dargestellt wurde, natürlich auch kein besonderes Recht. — Noch mit Bezug auf das *damnum emergens* sieht man denn auch gar nicht ein, warum Nachtheile, wie sie die *Lex* 2 §. 8 *cit.* enthält (Verfallen in eine Conventionalstrafe wegen der Nachlässigkeit eines Dritten, Verkauf meiner einem Andern verpfändeten Sachen), nicht ebenso gut bei irgend einem Andern, Bauer, Handwerker, als gerade bei einem Kaufmanne, eintreffen können, und warum dann, wenn sie bei einem solchen eintreten, sie nicht, und nur bei einem Handelsmanne vergütet zu werden brauchen. —

Schoemann stellt mehrere unser Thema betreffende Hauptstellen zusammen [1]) und glaubt nun aus der vermeintlichen Verschiedenheit ihres Inhalts zwei verschiedene Standpunkte annehmen zu müssen, meint mit grosser Zuversicht, die alte Streitfrage durch folgende zwei Hauptregeln lösen zu können. Er sagt [2]):

I. »Mit einer Sache zu jeder Zeit frei schalten und walten, so, dass jeder Dritte diese Handlungen in ihrem vollen Umfange und mit ihren Folgen anerkennen muss und schlechterdings nicht hindern darf, kann nur der Eigenthümer, oder der, welchem der Eigenthümer so zu disponi-

[1]) Schadenersatz. Bd. II. pag. 98 – 102.

[2]) pag. 123 – 133.

ren erlaubte. Darum ist derjenige, welcher eine solche Disposition vereitelte, Ersatz auch dafür, d. h. auch für die vereitelte Disposition über die Sache zu leisten schuldig. (*damnum — lucrum — extra rem.*)

Hierbei liegt, fährt er fort, das Unrechtliche, wofür Ersatz geleistet wird, zunächst in der Behinderung der Disposition.« — Unter diese Regel wird dann hauptsächlich die *Lex* 2 §. 8 *Dig. de eo, quod certo loco* subsumirt, nebst noch andern freilich z. B. *Lex* 21 §. 2. *Lex* 22. *Lex* 23 *p. Dig. ad leg. Aq. et cet. (vide pag.* 126—131.)

II. »Dahingegen ist kein Grund abzusehen, warum der Eigenthümer oder ein jeder andere Besitzer einer Sache, wenn er gleichwohl als Schuldner dieselbe an einen Dritten abzuliefern verbunden ist, die vorläufigen Dispositionen dieses Dritten über eben diese Sache anerkennen müsste. — Hindert er also eine Disposition der Art von Seite seines Mitprovixenten, so ist er keineswegs zum Ersatze für die vereitelte Disposition, sondern immer nur zur Leistung der Sache oder deren wahren Gemeinwerthes, höchstens nach der mittlerweile etwa erfolgten Steigerung desselben, verbindlich [1].» Dieses ist dann eben das *damnum* oder *lucrum circa rem*; es ist «ein solcher Nachtheil oder Gewinn, welchen der Gegenstand der Hauptverhindlichkeit schon durch sich selbst, d. h. durch das Fallen oder Steigen des Gemeinwerthes erzeugt.» Das *damnum* oder *lucrum extra rem* hingegen «enthält alle andern durch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit etwa hedingten, aber keineswegs durch die-

---

[1]) Pag. 126.

selbe allein nothwendig bedingten Nachtheile oder Emolumente.« *Lex* 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.*[1]).

Es kommt also nach Schoemann Alles darauf an, ob der Geschädigte, der Kläger, Eigenthümer oder Besitzer des Objektes sei oder gewesen sei, wegen dessen Vorenthaltung, Entwendung, Beschädigung etc. etc. er auf Schadenersatz klagt, oder ob es das nicht sei. In jenem Falle muss dem Geschädigten jeder Schaden oder Gewinn, der m itdem rechtswidrigen Benehmen eines Dritten in irgend einem auch noch so weiten Causalnexus steht, vergütet werden; in diesem Falle bekommt er nur die Sache selbst, resp. deren Gemeinwerth, jedoch nach dessen mittlerweile etwa erhöhter Steigerung.

Man sollte kaum glauben, dass sich Schoemann auf diese Theorie so viel zu Gute habe thun können, als er gethan hat; sie ist in der That furchtbar einseitig und beruht auf der oberflächlichsten Abstraktion. Ich will nur einige Einwände dagegen hervorheben, die einem sogleich in den Sinn kommen.

Schoemann scheint sich einen Verkehr mit lauter handgreiflichen Objekten, körperlichen Sachen, an denen man Eigenthum oder Besitz haben kann, gedacht zu haben; denn seine Regeln sind nur auf einen solchen Verkehr berechnet.

Was soll man aber machen in den Fällen, die keineswegs selten sind, wenn eine Obligation ihrem Inhalte und Zwecke nach gar nicht auf eine körperliche Sache, sondern

---

[1]) Pag. 86 u. 87.

lediglich auf eine Handlung gerichtet ist, wozu sich der eine Mitkontrahent verpflichtete (Bürgschaft, Expromission, Acceptilation u. dgl.), wobei also die Frage nach dem Eigenthum oder Nichteigenthum, Besitze oder Nichtbesitze des Geschädigten mit Bezug auf diese Handlung eine unmögliche und widersinnige ist? — Wie in aller Welt lassen sich die Regeln Schoemann's auf diese Fälle appliciren? Aber auch innerhalb der engen Sphäre des Verkehres mit Sachen, in welcher die Regeln Schoemann's sich bewegen, gibt es noch sehr viele Fälle, in denen sie sich schlechterdings nicht anwenden lassen und ganz unbrauchbar sind. Es hat mir Einer ein fehlerhaftes Gefäss verkauft, vermiethet, oder einen schlechten Balken und es ist mir dadurch ein Schaden erwachsen, dessen Ersatz ich fordere; die Flüssigkeit, die ich in jenes that, ist herausgesickert; das Gebäude, zu dem ich das Stück verwandte, ist zusammengestürzt oder hat sich gesenkt [1]. Wo erkennt man nun hier eine «vereitelte Disposition« über mein Eigenthum, oder eine » vorläufige Disposition « über mein Nichteigenthum, die der Beklagte, der widerrechtlich Handelnde nicht anerkennen müsste?

Doch auch in den Fällen, in welchen eine solche Unterscheidung, wie sie Schoemann aufstellt, noch gemacht werden könnte, ist sie doch von Grund aus zu verwerfen und darf nicht im geringsten als normgebend betrachtet werden. Sie ist eine vollkommen irrelevante, willkührliche, ungerechte. Ob ich als Eigenthümer über eine Sache zu

---

[1]) Vid. pag. 22 oben not. 1. 2. 3.

verfügen verhindert worden, oder ob ich in einer andern Stellung an einer Verfügung, wozu ich berechtigt war, verhindert wurde, darauf kann natürlich gar nichts ankommen; sondern das einzige Entscheidende ist lediglich das rechtswidrige Benehmen des Dritten, woraus mir ein nachweisbarer und nachgewiesener Schaden entstand. Der rechtswidrig Handelnde hat weder meine Verfügungen über das mir vorenthaltene Eigenthum oder die mir mit allem Rechte erst geschuldeten Sachen anzuerkennen oder nicht anzuerkennen, sondern er hat bloss seine eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen oder für seine Delicte einzustehen. Es lässt sich auch wirklich „gar kein Grund absehen,“ warum der rechtswidrig Handelnde (Verkäufer) dem, der freilich wegen mangelnder Tradition noch nicht Eigenthümer geworden ist, auf den aber bereits in Folge perfekten Kaufes alle Gefahren und Vortheile, die sich auf das Kaufsobjekt beziehen, vollständig übergegangen sind, dem die Tradition auf eine bestimmte Zeit oder an einem bestimmten Orte pünktlich zugesagt war, worauf er eine Klage hat, und der desshalb in bester, rechtsbegründeter Erwartung, der Andere werde sein Wort halten, seine Verpflichtungen erfüllen, bereits auf diese Zeit hin oder an diesem Orte über die Sache weitere Verfügungen traf oder treffen wollte, ein Fall, der in jedem Verkehr hundert- und hundertmal vorkommt — der nun aber wegen der Nachlässigkeit seines Schuldners die bereits getroffenen Verfügungen nicht ausführen kann oder die beabsichtigten zu treffen verhindert wird, woraus ihm nicht geringer Schaden entstand — man sieht, sage ich, gar keinen Grund ein, warum in einem solchen Falle der Schädiger dem geschädigten Nichteigen-

thümer zu weniger verpflichtet sein sollte, als z. B. dem an allfälligen Dispositionen über seine Sache verhinderten Eigenthümer, dem etwa von Seite des Miethers oder Commodatars die Sache nicht vertragsgemäss wieder übergeben oder zurückerstattet wird. In beiden Fällen war der Creditor zu weiteren Verfügungen über die Sache vollständig berechtigt und es wurden durch solche durchaus keine Rechte des Verpflichteten verletzt. Darin liegt ja eben oft das Unrecht des Dritten, dass er mich über die vorenthaltene Sache zu verfügen verhinderte; das ist gerade der Grund meines Schadens, und der Grund, warum ich den Ersatz desselben fordere. Nun kann aber der Beklagte, nach der Theorie Schoemanns, mir (in manchen Fällen) einwenden: Weil ich dich zu verfügen (rechtswidrig) hinderte, darum muss ich dir den dir dadurch entstandenen Schaden nicht vergüten, und er nimmt aus seinem Unrecht so den Grund seiner Vertheidigung her. — Merkwürdige Justiz!

Ich brauche wohl kaum zu bemerken, dass die Auffassung Schoemanns auch durch die positiven Quellen durchaus keine Bekräftigung findet, dass den römischen Juristen dergleichen willkürliche, gezwungene Unterscheidungen ganz fremd waren.

Hänel theilt nach dem Vorgange wohl von Malblanc das Interesse, *quod non circa ipsam rem consistit*, wieder ein in *interesse extra rem proximum* und *remotum*, *longinquum* [1]). Ersteres soll die unmittelbaren Folgen in sich begreifen, die mit dem Faktum der Beschädigung in einem

[1]) Schadenersatz 1823. §. 78 pag. 90 u. 91.

nahen Causalnexus stehen und zwar sowohl positive Schäden und Kosten als auch entbehrte Vortheile, welche nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vernünftigerweise erwartet werden konnten. Letzteres soll nur die mittelbaren, zufälligen Folgen, bei welchen noch andere Umstände mitwirkten, begreifen. Dazu sollen gerechnet werden alle entbehrten Vortheile, die unter Voraussetzung günstiger Umstände realisirt werden konnten, aber bei der Ungewissheit, ob diese Umstände auch wirklich eingetreten sein würden, bloss in den Grenzen der Möglichkeit lagen; und ferner alle Nachtheile, die zwar wohl ohne das schädigende Ereigniss nicht eingetreten sein würden, aber zunächst durch andere dazwischen kommende Umstände herbeigeführt sind. *Lex* 21 §. 3 *Dig. de act. E. V.*

Unter dem *interesse circa rem consist.* versteht dann Hänel wesentlich das, was zur Sache selbst gehört; es besteht namentlich im Gemeinwerthe der Sache mit Berücksichtigung allfälligen Schwankens vom Tage der *mora* an; ferner Zubehör, Zuwachs, Früchte und Unkosten [1]).

Es sei nun, meint Hänel, als Regel anzunehmen, dass in den meisten Fällen das volle *id, quod interest*, also sowohl *circa rem* als *extra rem proximum*, sowohl *in lucro* als *in damno* prästirt werde, und er führt dann eine Anzahl von Fällen an (Darlehn, Depositum, Betrug, Beschädigungen nach der *Lex Aq.*), bei denen diess unzweifelhaft der Fall sei [2]). Diese Regel aber erleide nach *Lex* 21 §. 3 *Dig.*

---

1) §. 77 pag. 88 u. 89.

2) §. 82 pag. 96.

de act. E. V. eine Ausnahme beim Kaufe. Da werde dem Käufer nur *id, q. i. circa rem*, also namentlich nur der Gemeinwerth der Sache, prästirt, zumal dieser Grundsatz auch für die Forderung des Verkäufers an den Käufer wegen des *pretii* gelte, nach *Lex ult. de peric. et commod* [1]).

Analog dieser Ausnahme sei eine solche auch bei anderen Verträgen anzunehmen, die darauf abzwecken, das Eigenthum zu übertragen. Drittens bei der *Lex Rhodia de jactu.*

Ich habe zuerst einige formelle Ausstellungen gegen Hänel zu machen.

Man erkennt leicht an der von Hänel gemachten Eintheilung des *int. extra rem* in *int. extra rem proximum* und *remotum* oder *longinquum* den modernen Schnitt derselben. In den Quellen findet sich auch nicht der geringste Anhalt dafür. Sie ist in der That auch eine ganz müssige, resultatlose. Das, was Hänel als *int. extra rem proximum* bezeichnet, ist eben das, was die Römer unter *int. circa ipsam rem consistens* verstehen, soweit sie anders auf solche Terminologien Gewicht legten. Und so aufgefasst, ist denn die Definition dieses Interesse von Hänel ganz gut. Das *int. circa rem* ist nicht der blosse Gemeinwerth der Sache. Dieser fällt eigentlich gar nicht mehr unter den Begriff des (indirekten) Interesse. Früchte, Zuwachs, Unkosten gehören eher dahin. Auch wäre nach Hänel das *int. circa rem* eigentlich bloss bei körperlichen Sachen denkbar; seine Auffassung ist also zu einseitig, roh.

---

1) §. 83 pag. 99.

Materiell verhält sich die Theorie Hänels zu der meinigen so, dass sie im wesentlichen damit übereinstimmt. Das *int. extra rem remotum* wird nach Hänel niemals prästirt[1]; es ist das gleiche Interesse, das ich auch oben in §. 6 von der Vergütung ausgeschlossen habe. Das *int. extra rem proximum*, das Hänel in der Regel vergüten lässt, ist das, was ich ebenfalls als *int. circa rem consistens* zur Vergütung kommen lasse. Nur freilich mit Rücksicht auf die Ausnahmen, die Hänel macht, bin ich anderer Meinung. Ich begreife diese Ausnahmen nicht, an sich nicht und nicht in ihrer Begründung. Mit Bezug auf die erste, beim Kaufe, erinnert Hänel durchaus an Alciat. Ich verweise daher auf das, was ich oben §. 9 pag. 69 et seqq. gegen diesen gesagt habe, und auf meine Darstellung in §. 5.

Die andere Ausnahme, «bei anderen Verträgen, welche darauf abzwecken, das Eigenthum zu übertragen», ist mir etwas dunkel und sie scheint das auch Hänel selbst gewesen zu sein. Er führt kein Beispiel dafür an; auch gibt er keine nähere Begründung. Ich glaube, er hatte dabei Schoemann vor Augen, und glaube das um so eher, als er diese Ausnahme zur ersten in das Verhältniss einer Analogie setzt. Ist meine Annahme richtig, so kann ich einfach auf die eben stattgefundene Widerlegung Schoemanns verweisen.

Bei der *Lex Rhodia de jactu* wird natürlich nur der laufende Preis der untergegangenen oder beschädigten Waare in Anschlag gebracht. Man kann aber hier kaum von einer

---

[1]) §. 82 pag. 95 u. 96.

Schadenersatzklage reden in Folge des widerrechtlichen Benehmens eines Dritten.

Puchta[1]) ist etwas unbestimmt und ungenau. So wenigstens kommt es mir vor. Er sagt: «Der Nachtheil muss mit dem beschädigenden Ereigniss im Causalzusammenhang stehen; jener durch dieses verursacht sein. Z. B. Nichtleistung des Getreides und Umkommen meines Viehes (Sklaven) — Räumen des Quartiers und Verderben der Meubeln, die auf der Strasse steben geblieben sind.» Nr. 5.

In diesen Beispielen soll wohl nicht ein Nachtheil bezeichnet werden, der mit dem schädigenden Ereigniss im Causalzusammenhang steht und also zur Vergütung kommt, sondern sicherlich ein Nachtheil, der jene Eigenschaft nicht besitzt und daher nicht vergütet wird. Müsste man das nicht annehmen, so stünden dio Vorlesungen mit dem Handbuch Puchta's in einem sonderbaren Widerspruch, der sich nur durch die Unvorsichtigkeit des jene Beispiele von sich aus citirenden Nachschreibers erklären liesse.

Puchta fährt dann unter 6 fort:

«Auch ein in Folge besonderer und individueller Umstände durch das Ereigniss herbeigeführter Nachtheil kommt in Anschlag, z. B. bei der Nichtleistung einer Sache, welche der Gläubiger unter einer Conventionalstrafe schuldig war. Diess ist aber regelmässig nur der Fall bei der Bestimmung des positiven Schadens, hier ist in Berücksichtigung dieser Umstände so weit zu gehen, als ein Causal-

---

[1]) Lehrbuch §. 225 pag. 327 u. 328 und Pandektenvorlesungen §. 225 Bd. II. pag. 16 u. 17.

zusammenhang sich nachweisen lässt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Schaden unmittelbar oder mittelbar, direkt oder indirekt, durch das Ereigniss verursacht worden. Dagegen ist darauf bei der Bestimmung des *lucrum cessans* nicht zu sehen; hier ist nur der gemeine, durch die Sache selbst gegebene Gewinn — *utilitas circa rem ipsam* — in Anschlag zu bringen, nicht der durch ganz individuelle Umstände bedingte und herbeigeführte. (Affectionswerth, Handelsspeculation.)»

7. «Eine besondere Behandlung tritt ein, wo das Interesse des Orts anzuschlagen ist, die Differenz, welche dadurch entsteht, dass jemand die Leistung an einem andern Ort, als wo er sie empfangen sollte, erhält. Hier ist auf den durch Vermittlung individueller Umstände möglichen Gewinn Rücksicht zu nehmen. Der Grund ist, dass gerade mit Beziehung auf diesen der Unterschied des Ortes von Einfluss sein wird.« Ebenso im Handbuch.

Ich knüpfe gleich an das Letztere an. Offenbar hat hier Puchta die *Lex* 2 § 8 *Dig. de eo, quod certo loco* im Auge; im Handbuche[1]) führt er diese Stelle ausführlich an. Ich bemerke zu 7: Gewiss wird nicht nur der Unterschied des Ortes, sondern auch der der Zeit oder, wenn überhaupt noch eine andere auf die Erfüllung sich beziehende Bestimmung im Vertrage sich findet, auf den möglichen Gewinn influiren. Es ist mit Rücksicht auf dieses Interesse der Unterschied der Zeit in der *Lex* 4 *p. Dig. de eo, quod certo loco* ganz ausdrücklich dem Unterschied des Ortes gleich

[1]) §. 225 pag. 328 not. k.

gestellt [2]); und so tritt also bei dem Ortsinteresse nicht eine «besondere Behandlung» ein. Wie solche für die Erfüllung einer Obligation verabredeten näheren Bestimmungen aufzufassen seien, habe ich oben bei Gelegenheit der Widerlegung Donells und Wening-Ingenheims (pag. 81 et seqq.) gezeigt. Es kann dadurch leicht ein Klagrecht auf Schadenersatz entstehen, aber ein exceptionelles Mass dieses Ersatzes wird durch sie nie gegeben. Uebrigens bemerke ich noch gegen Puchta, dass niemals auf den bloss möglichen Gewinn Rücksicht genommen wird, auch nach dem Schlusssatze der *Lex* 2 §. 8 *Dig. de eo, quod certo loco* nicht; sondern dass auch nach dieser Stelle immer bewiesen oder gehörig bescheinigt werden muss, dass Einem wirklich durch das rechtswidrige Benehmen des Dritten ein Gewinn entgangen sei (vid. §. 5 pag. 22).

Der Unterschied, den Puchta zwischen dem durch individuelle Umstände herbeigeführten und bedingten Verluste und einem Gewinne dieser Art mit Bezug auf die Vergütung macht, indem er nur den erstern, nicht aber den letztern vergüten lässt, ist unpassend und macht auch seine Darstellung unklar. Der Schaden wie der Gewinn (*damnum emergens*, *lucrum cessans*) haben natürlich stets je nach dem individuellen Rechtsverhältniss oder der individuellen Rechtsverletzung einen individuellen Charakter, und es ist ganz unzulässig, in der Weise, wie es Puchta thut, diese individuelle Natur nur beim Gewinn hervorzuheben. Es kommt

---

[1]) *Quodsi Ephesi petetur, ipsa sola summa petetur, nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus vel si temporis utilitas intervenit.*

nur darauf an, in wie weit sich dieser individuelle Schaden, dieser Verlust eines durch individuelle Umstände bedingten Gewinnes nach dem gewöhnlichen, ordentlichen Laufe des Lebens und des Verkehres als Folge des rechtswidrigen Handelns eines Dritten darstellt. —

Ich will endlich die Reihe der verschiedenen, von meiner Darstellung mehr oder weniger, oft ganz abweichender Ansichten und Theorien schliessen; es wäre leicht, deren noch mehrere anzuführen; allein immerhin sind die angeführten die vorzüglich zu beachtenden, die theils von den angesehensten Commentatoren des römischen Rechtes aufgestellt wurden, theils in einzelnen Abhandlungen und Monographien bedeutender älterer und neuerer Schriftsteller niedergelegt sind. Auf der andern Seite laufen aber auch die Ansichten, die noch hätten angeführt werden können, durchaus auf die eine oder die andere der angeführten hinaus. — Ist es nun wahr, was ich oben andeutete, dass man oft vor lauter Gelehrsamkeit, Forschen und Grübeln den Wald vor den Bäumen nicht gesehen hat? Keine jener Ausnahmen und Regeln hielt eine auf allgemeine Gründe und auf die Quellen gestützte unbefangene Prüfung aus, und ich bin so frei zu glauben, dass meine einfache und auf dem Leben beruhende Auffassung des vorhandenen Rechtsstoffes wenigstens gegenüber den angeführten verschiedenen Ansichten die Probe bestanden hat, ohne dass ich die lächerliche Anmassung hätte, für dieselbe die alleinige, absolute Richtigkeit in Anspruch nehmen zu wollen.

§. 10.

Heutige Anwendung.

Es bleibt mir noch übrig, mit Wenigem das Verhältniss der römischen Theorie zu dem heutigen Rechte zu bezeichnen, die Anwendung derselben für die Gegenwart zu besprechen. — Natürlich mit Bezug auf die Gebiete, in denen heute noch das römische Recht als gemeines Recht gilt, ist Nichts zu erinnern. Allfällige demselben derogirende particuläre Rechtsbildungen und Rechtsbestimmungen betreffen jedenfalls zum kleinsten Theile das Obligationenrecht, und ich glaube noch weniger gerade die von mir behandelte spezielle Lehre aus dem Rechte des Schadenersatzes. Wie macht sich aber die Sache in den Ländern, in denen sich in neuerer Zeit eigene, nationale Gesetzesbücher gebildet haben und in denen also das römische Recht formell keine Gültigkeit mehr hat? Treffend bemerkt Puchta über diesen Punkt im allgemeinen[1]:

«Jene Gesetzesbücher sind in keiner Hinsicht selbstständig gegen das römische Recht; es ist ihre Grundlage; sie sind in dem grössten Theile ihres Inhalts Darstellungen des römischen Rechts mit particulären Abweichungen. Wie die Gesetzgeber nur dnrch ihre römische Rechtskenntniss im Stande waren, diese Gesetzesbücher zu machen, so ist auch der Richter nur durch die gleiche Kenntniss im Stande, sie richtig anzuwenden. Das römische Recht bildet in den

---

[1]) Vorlesungen Bd. I. pag. 17 u. 18.

Gerichten eine wissenschaftliche Ergänzung. In unzähligen zweifelhaften Punkten wird der Richter sich durch den Rechtsverstand des römischen Rechtes leiten zu lassen haben.» Ganz in ähnlicher Weise äussert sich auch Gönner[1]). Wenn er mit Recht und aus den gewichtigsten formellen und materiellen Gründen die Gültigkeit und Brauchbarkeit des römischen *Corpus juris*, als eines Gesetzbuches für unsere Zeit, bekämpfte und Gesetzbücher will in der Art und Form, wie sie die neuere Zeit, einem dringenden Bedürfnisse entsprechend, geschaffen hat, so weist er doch wieder auf die hohe Wichtigkeit des römischen Rechtes hin, als auf einen trefflichen Commentar zu jenen Gesetzbüchern, als auf eine mit einem unermesslichen Reichthume individueller Rechtsfälle ausgestattete praktische Bearbeitung der in jenen Gesetzesbüchern enthaltenen allgemeinen, leitenden Grundsätze und Theorien. — Diese Stellung und diese Bedeutung, die das römische Recht im allgemeinen zu den heutigen Gesetzesbüchern hat, trifft nun auch im besondern getreu bei unserer Lehre zu.

Die neueren Gesetzbücher – ich führe natürlich nur die wichtigsten an — laufen mit mehr oder weniger abweichender, mehr oder weniger glücklicher Redaktion in den allgemeinen leitenden Grundsätzen über unsere Lehre im Grunde auf die oben im §. 5 nach römischem Rechte gegebene allgemeine Darstellung hinaus, mit wenigen Abwei-

---

[1]) In seinem ausgezeichneten gegen Savigny's «Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung nnd Rechtswissenschaft» gerichteten Buche: «Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft unserer Zeit«. Erlangen. 1815. vid. pag. 71. 98—101. 177.

chungen in einzelnen Punkten, die theils unwesentlich sind, theils offenbar auf Missverständniss gewisser Pandektenstellen beruhen.

Das Preussische Landrecht Bd. I. Tit. V. §. 285 bis 287 bestimmt z. B.:

§. 285. Wer bei Abschliessung oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt hat, muss dem Andern sein ganzes Interesse vergüten.

§. 286. Aller Nachtheil, welcher für Jemand daraus entstanden ist, dass der Andere seinen Pflichten gegen ihn nicht nachgekommen, wird unter dem Interesse begriffen.

§. 287. Es wird also bei Bestimmung des Interesse nicht bloss auf den wirklichen Schaden, sondern auch auf den durch Nichterfüllung des Contraktes entgangenen Vortheil Rücksicht genommen.

Tit. VI. §. 6. Doch wird bei Bestimmung des entzogenen Gewinns nur auf solche Vortheile, die entweder nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge und der Geschäfte des bürgerlichen Lebens, oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen, vernünftigerweise erwartet werden konnten, Rücksicht genommen. Vergl. noch §. 5, 7, 13, 138 Tit. VI. In diesem §. 138 ist von dem sicheren Gewinn die Rede. Der letzte Satz des angeführten §. 6 spielt offenbar auf den Schluss der *Lex* 2 §. 8 *Dig. de eo, quod certo loco* an, die denn hier ziemlich so aufgefasst ist, wie ich sie aufgefasst habe.

Ich glaube, der §. 5 oben und die in §. 6 enthaltenen Beispiele aus dem römischen Rechte geben treffende An-

weisungen und Fingerzeige für die praktische Anwendung der angeführten und citirten Paragraphe.

Mit ängstlichem Detail §§ 98—128 Tit. VI. bestimmt das preussische Landrecht die Schadenersatzleistungen, die oft sehr weit gehen, bis auf die Aussteurung der hinterlassenen Töchter (§. 104), bei Tödtungen und Körperverletzungen. Nach §. 87 Tit. VI. muss bei vorsätzlichen Beschädigungen einer Sache auch der Affektionswerth prästirt werden. Auch kommt dieser in Betracht beim *jusj. in lit.* §. 96.

Die Bedingungen, unter welchen die Verpflichtung zum Schadenersatze oder zur vollen Genugthuung, wie das Landrecht technisch die Vergütung des Schadens und des entgangenen Gewinns nennt, berühren natürlich unser Thema nicht. Es sind darüber viele zerstreute Bestimmungen.

Viel kürzer als das Preussische Landrecht behandelt im ganzen das Oesterreichische Gesetzbuch die ganze Lehre. Der eigne Titel darüber §§. 1293—1341; natürlich finden sich noch hin und wieder zerstreute Bestimmungen. Von den Paragraphen, die hieher gehören, definirt der §. 1293 die Begriffe von Schaden und des Gewinns, der zur Vergütung kommt:

«Schade heisst jeder Nachtheil, der jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinns, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.» Im §. 1323 wird der Ersatz des positiven Schadens dann technisch »Schadloshaltung», der Ersatz, der beides umfasst, den Schaden und den entgangenen Gewinn, nach dem preussischen Landrecht »volle Genugthuung»

genannt. Ueber den Schadenersatz bei Tödtungen oder Körperverletzungen enthält das österreichische Gesetzbuch auch einige detaillirte, aber immerhin viel kürzere Bestimmungen als das preussische Landrecht. §§. 1325 — 1329. Unter gewissen Voraussetzungen lässt auch dieses Gesetz, wie das Landrecht, den Affektionswerth vergüten. §. 1331. Bei der *mora* in Bezahlung einer Geldschuld scheint mir der §. 1331 die Forderung des Gläubigers auf die Verzugszinsen zu beschränken; der Paragraph spricht wenigstens nur von diesen, von einem weiteren oder eigentlichen Interesse Nichts. Meine Darstellung und Auffassung weicht davon ab; sie ist etwas freier (pag. 20 et sqq.).

Der *Code Napoléon* sagt in §. 1149:

Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte, qu'il a faite et du gain, dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après:

1150. *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts, qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol, que l'obligation n'est point exécutée.*

1151. *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain, dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.*

In der Ausgabe von Erhard (Dessau und Leipzig 1808) lauten diese Sätze nach dessen guter Uebersetzung so:

1149. Der vom Verpflichteten zu leistende Schadenersatz erstreckt sich im Allgemeinen auf den von ihm erlit-

tenen Verlust und ihm entzogenen Gewinn, jedoch unter folgenden Ausnahmen und Einschränkungen:

1150. Der Verpflichtete hat den Schaden und den entbehrten Gewinn nur insoweit zu ersetzen, als sie zur Zeit der Abschliessung des Contraktes vorhergesehen worden sind, oder vorhergesehen werden konnten, dafern nur die Verpflichtung nicht aus böslicher Absicht von ihm unterlassen worden ist.

1151. Selbst in dem Falle, wo die Nichterfüllung des Vertrages die bösliche Absicht des Schuldners zum Grunde hat, muss der Schadenersatz in Ansehung des vom Berechtigten erlittenen Verlustes und des ihm entzogenen Gewinnes mehr nicht enthalten, als das, was unmittelbare und direkte Folge der Nichterfüllung des Vertrages ist.

Die Stellung, die der **§. 1151** nach der Absicht des Gesetzgebers zum vorhergehenden einnehmen sollte, ist jedenfalls nicht klar, und unsicher bezeichnet. Die Forderung aus *mora* bei Bezahlung einer Geldsumme beschränkt der **§. 1153** bestimmt auf die Verzugszinsen, jedoch unbeschadet der vorhandenen besonderen Vorschriften bei Handlungsgeschäften und Verbürgungen.

Ganz übereinstimmend mit dem *Code Napoléon* ist das Badische Gesetzbuch; es enthält gar keine Abänderungen.

Ich komme schliesslich noch auf das neue Zürcherische Civilgesetzbuch zu sprechen. Mit Bezug auf unsere Lehre ist es freilich noch Entwurf, zum Theil aber geprüfter Entwurf; es lässt sich mit ziemlicher Gewissheit voraussehen, dass von den in unsere Lehre einschlagenden Stellen keine mehr abgeändert werden wird.

Die Bestimmungen des Entwurfes sind kurz, aber, wie mir scheint, glücklich getroffen.

Nachdem im §. 997 das mittelbare (indirekte) Interesse als der Schaden definirt worden, der nur in Verbindung mit anderweitigen Umständen den Gläubiger betroffen habe, und gesagt worden, dass der Schuldner in der Regel zur Leistung dieses Interesse nur verpflichtet sei, wenn er dolos gehandelt habe, fährt der Paragraph 998 fort: Die blosse Möglichkeit eines Gewinnes, welcher dem Gläubiger vielleicht wegen Nichterfüllung der versprochenen Leistung entgangen ist, kann nicht als Schaden angerechnet werden. Anders wenn dem Gläubiger ein wirklicher Gewinn nachweisbar entzogen worden ist, um der Nichterfüllung willen.

Dieser Paragraph stimmt ganz überein mit meiner obigen Darstellung.

§. 999. Die Schätzung der Sache und des Schadens geschieht nach vernünftigem Ermessen mit billiger Berücksichtigung der Umstände. — Hier war ursprünglich (früherer Entwurf §. 1241) ein Fragment aus der oben besprochenen Constitution Justinians aufgenommen, in der Fassung: «In keinem Falle darf die Schadenersatzforderung den doppelten Betrag des Werthes übersteigen, welchen die zu leistende Sache gehabt hat.» Der Herr Redaktor dachte dabei jedenfalls nur an die *casus certi*; die *casus incerti* fasste er nicht in's Auge. Mit Recht wurde aber dieser Zusatz von der Gesetzesrevisionskommission gestrichen.

Was für Folgen hat die *mora* beim Darlehen, bei Geldschulden? Der §. 1124 sagt:

Zahlt der Borger die schuldige Summe nicht rechtzeitig

zurück, so haftet er dem Darleiher für den Schadenersatz. Dieser darf ihm auch ohne Nachweis eines Schadens jedenfalls einen halben Procent des Capitals als Entschädigung verrechnen.

Ganz die gleiche Forderung hat aber nach §. 1111 auch der Borger an den Darleiher aus dem Darlehensversprechen, wenn der Darleiher mit der Hingabe des Geldes in Verzug ist.

Es sind also hier die Verzugszinsen ganz ausdrücklich und scharf unterschieden von dem Interesse und in ihrer eigentlichen poenalen Natur richtig aufgefasst, ganz entsprechend dem, was oben pag. 23 im Text und in der Note 1 gesagt ist. Sie sind nicht das Aequivalent für einen eingetretenen Schaden.

Zugleich ist aber in diesen §§. ganz in Uebereinstimmung mit dem Obigen auf pag. 22 und entgegen der Ansicht, die in einseitiger Auffassung der *Lex ult. de peric. et commod.* als Folge der *mora* bei Geldschulden nur die Verzugzinsen prästiren lassen will, gesagt, dass gar wohl auch hier eine Schadenersatzforderung zulässig sei; nur muss der Schaden gehörig erwiesen und bescheinigt sein (§. 1111).

Es ist das übrigens nicht neu eingeführtes, sondern altes zürcherisches Recht; wenigstens spricht sich Keller in seinem zürcherischen Privatrecht mehrmals ganz in gleichem Sinne über den geltenden Umfang der Vergütung wegen *mora* bei einer Geldschuld aus.

Das «volle Interesse» bei der Eviction beim Kaufe (*vid.* §. 1410 *und* 1411 [*cf.* 1421. *act. redhibit.*]), zu dem 1) der volle Werth der Sache und ihrer Zubehörde zur Zeit ihres Verlustes für den Käufer; 2) die Prozesskosten; 3) die lan-



desüblichen Zinsen der Entschädigungssumme von dem Zeitpunkte der Herausgabe der Sache an den Entwerenden, gehören, scheint mir etwas zu positiv enge bestimmt zu sein. Warum nicht hier, wie in §. 999 die Schätzung des Interesse überhaupt auf das «vernünftige Ermessen des Richters mit billiger Berücksichtigung der Umstände,« abstellen? Gewiss, es können Fälle eintreten, wo sich der Käufer mit Recht über Ungerechtigkeit beklagen kann, wenn ihm nur jenes in §. 1411 begrenzte Interesse geleistet werden muss.

Fast in jedem Titel übrigens unseres Gesetzbuches ist von Schadenersatz, von Leistung des mittelbaren und unmittelbaren (indirekten) Interesse die Rede; auch im Eherecht (*vid.* §. 68) vergleiche aber zu den §§. 997, 998 und 999 namentlich noch §. 1488, 1489, 1496 (eine neue Bestimmung betreffend die Haftung des Vermiethers), 1522 (Pacht), 1578 (Einsturz eines neuen Gebäudes innerhalb zehn Jahren), 1582. In §. 1582 ist von der Vergütung eines «muthmasslichen» Gewinnes aus einem Werkvertrag die Rede; natürlich muss aber dieser Gewinn nicht bloss auf vager Vermuthung und unsicherer Spekulation beruhen, sondern es muss aus den Umständen, aus Antecedentien ordentlich bewiesen oder bescheinigt sein, dass Etwas und wie viel annähernd zu lucriren war. Das Gleiche gilt auch von §. 1601 cf. 1600 (Verlagskontrakt). Die Begrenzung der Ersatzforderung des Verlegers, am Ende des Paragraphen, wäre indess besser weggeblieben. Ferner §. 1822 (Exhibition von Sachen), 1827, 1833, 1847 (Haftung aus dolosen Handlungen), 1843, 1844, cf. 1882, Schadenersatz bei Tödtungen, 1845 (Körperverletzungen). Auch die römisch-rechtliche

cautio damni infecti ist in den §§. 1885—1892 sehr praktisch in unser Rechtsleben eingeführt worden.

Ich will nun die Fassung dieser Gesetzbücher mit Bezug auf unsere Lehre nicht weiter gegen einander abwägen; die Redaktion des einen mag etwas bestimmter, praktischer, glücklicher ausgefallen sein, als die des andern; das aber haben alle erwähnten Gesetzbücher unstreitig gemein, dass sie dem römischen Rechte noch einen weiten Spielraum für die Praxis übrig lassen, ja dass sie alle offen auf das römische Recht hinweisen[1]). Diess ist namentlich auch der Fall bei dem Zürcherischen Gesetzbuche, das überhaupt sich sehr oft, auch dem Wortlaute nach, an das römische Recht anlehnt. Gewiss, der Richter, wie der Anwalt, wird hin und wieder etwa in den Fall kommen, dass er gerne vernimmt, was den praktischen Römern in einzelnen Fällen bei der Schätzung des Interesse als «vernünftiges Ermessen mit billiger Berücksichtigung der Umstände» gegolten habe und er wird oft gerne das «vernünftige Ermessen» jener grossen alten Juristen seiner Auffassung und seiner Entscheidung zu Grunde legen. Dass natürlich bei Rechtsverhältnissen und Rechtsgeschäften, für welche besondere stereotype Regeln in Betreff unserer Lehre vorhanden sind, wie z. B. beim Wechsel und etwa bei andern Handelsgeschäften, diese als Norm gelten, daran braucht wohl nicht erinnert werden zu müssen.

---

[1]) **Vergl. z. B. Brauer, Erläuternngen über den Code Napoléon und das Badische Landrecht Bd. III. p. 85 – 88. Die Beispiele sind römischrechtliche.**

Errata.

pag. 13 in der Note lies *de evict. et dupl. stip.* (21. 2) statt *de covet et dep. stip.* (41. 2).
" 23 not. 3 lies (43. 5) statt (43. 4).
" 42 Zeile 7 von oben lies In statt Ihn.
" 43 Zeile 2 von unten lies Prätor statt Debitor.
" 46 unten soll *Lex* 8 *de evict. et dupl. stip.* im Gegensatz gefasst werden zu *Lex* 21 §. 3 *de act. E. V.*
" 62 Zeile 5 unten lies Contraktsklage statt Contraktsfrage.
" 67 Zeile 7 oben lies pag. 30 statt 21.
" 76 Zeile 1 unten lies nimmt statt meint.



